

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 93.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES EXCEPTIONS

REI IN JUDICIUM DEDUCTÆ ET REI JUDICATÆ

DROIT FRANÇAIS

DE LA PREUVE

EN MATIÈRE DE

REPRISES MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le Mardi 17 Décembre 1889, à 1 heure

PAR

Emile OLIVIER

Avocat à la Cour d'appel de Paris.

Président, M. CAUWÈS, professeur.

Suffragants } MM. DEMANTE, } professeurs,
 } BEUDANT. }
 } PLANIOL, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

A. GIARD, LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, Rue Soufflot, 16

1889

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES EXCEPTIONS

REI IN JUDICIUM DEDUCTÆ ET REI JUDICATÆ

DROIT FRANÇAIS

DE LA PREUVE

EN MATIÈRE DE

REPRISES MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le Mardi 17 Décembre 1889, à 1 heure

PAR

Emile OLIVIER

Avocat à la Cour d'appel de Paris.



Président, M. CAUWÈS, professeur.

Suffragants } MM. DEMANTE, } professeurs,
 } BEUDANT. }
 } PLANIOL, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

A. GIARD, LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, Rue Soufflot, 16

1889

DROIT ROMAIN

DES

EXCEPTIONS REI IN JUDICIUM DEDUCTÆ ET REI JUDICATÆ

INTRODUCTION

Il n'est sans doute pas de législation qui se soit montrée aussi hostile que celle de Rome à l'esprit de chicane et qui ait manifesté avec plus d'énergie le désir de le réprimer. C'est que les Romains redoutaient les procès à l'égal des véritables luttes armées. La preuve de cette analogie nous est offerte par la procédure du *sacramentum* qui commençait par le simulacre d'un combat entre les parties pour la chose qu'elles se disputaient la lance à la main.

De nombreuses institutions étaient destinées ou avaient pour effet indirect d'empêcher les litiges de naître ou de se prolonger. Des peines atteignaient par exemple les plaideurs téméraires, et cette qualification s'attachait même à ceux qui avaient plaidé de très bonne foi ; la perte du procès suffisait à les constituer en faute (Gaius,

IV, § 178), « *Qui victus erat, summam sacramenti præstabat pœnæ nomine* », nous dit Gaius au § 13, Comm. IV. — Les instances étaient restreintes à une durée très courte et l'effet de la péremption était de faire perdre définitivement son procès au demandeur (Gaius, C. IV, § 104 et 105). — Le préteur avait créé les exceptions *litis dividuæ et rei residuæ*, dont le but était d'intéresser le demandeur soit à réclamer tout son droit dans une seule action, soit à exercer simultanément toutes les actions qu'il pouvait avoir contre le même défendeur (Gaius, Com. IV, § 122). — Les différends pouvaient trouver leur solution dans les pactes de serment et de compromis que le préteur avait consacrés et fait respecter. — Enfin la formule de stipulation aquilienne avait été imaginée pour faciliter les désistements et les transactions, c'est-à-dire l'extinction, des droits litigieux (Gide, *Études sur la novation*, p. 141).

« Dans un autre ordre d'idées, dit M. Gérardin (1), le
« formalisme bien connu du droit romain, la nécessité
« de soumettre l'expression de la volonté à des *certa*
« *verba, solemnia et legitima*, soit dans le transport ou la
« création des droits réels, soit dans la formation des
« obligations, ne sont-ils pas de nature à prévenir bien
« des litiges, et en supposant le procès engagé, à en hâ-
« ter la solution ? Ces actes juridiques, formels, ne pro-
« duisant par conséquent que des effets stricts, ne sou-
« mettant au juge qu'une question de droit, limitée et
« restreinte par la teneur même des paroles employées,

1. *Étude sur la solidarité* (Nouvelle Revue historique, année 1884.

« ne peuvent donner lieu à de bien longs débats : le
« juge n'a pas à s'égarer dans la recherche de l'inten-
« tion des parties, ni dans des considérations d'équité.
« Dans le domaine des contrats, n'était-ce pas la même
« pensée qui avait inspiré cette vieille règle, suivant la-
« quelle la stipulation ne pouvait avoir pour objet qu'une
« somme d'argent ? Les parties qui contractent doivent,
« alors que rien ne les divise encore, faciliter d'avance
« la solution du procès qui peut s'élever plus tard et
« simplifier autant que possible la tâche du juge. »

Le formalisme des actions de la loi était également bien fait pour arrêter les procès en leur créant des obstacles ; pour la moindre erreur, pour un mot mis au lieu d'un autre, la procédure était viciée et le procès perdu. Gaius nous cite l'exemple d'un plaideur qui succomba pour avoir employé dans son action le mot *vites* au lieu du mot *arbores* (1), « *quia debuisse arbores nominare eo quod lex duodecim Tabularum ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loque- retur.* »

A la différence de ce qui a lieu chez nous, le nombre des actions, à Rome, était limité, et une prétention ne pouvait être produite en justice qu'autant qu'elle avait été reconnue à l'avance mériter une action.

Enfin l'accès de la justice n'était ouvert qu'une fois pour chaque prétention. Aux yeux des Romains, une seule instance devait suffire au demandeur vigilant pour obtenir satisfaction (Keller, *Civilpr.*, trad. Capmas, § 60).

1. Gaius, Com. IV, § XI.

Ce dernier, en produisant en justice son droit contesté, s'enlevait la possibilité de le reproduire à nouveau lors même qu'une sentence n'était pas intervenue. Une maxime de Quintilien (1) « *bis de eadem re ne sit actio* » exprime nettement cette règle rappelée d'ailleurs par plusieurs jurisconsultes (2), parmi lesquels Gaius (4^e Com., § 108), « *Qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat.* »

Quelle est l'origine de ce principe ?

D'après une opinion fondée sur un passage de Julius Victor (3) dont voici les premiers mots : *an quum lege cautum est ne bis de eadem re agere liceat...* la règle aurait une origine législative, et le mot *lex* désignerait la loi des Douze-Tables (4). Je ne crois pas cette conjecture suffisamment fondée et ce qui m'incline à ne pas l'admettre c'est qu'elle n'est appuyée d'aucun écrit de jurisconsultes. Comment expliquer que Gaius n'ait pas indiqué cette loi de laquelle on prétend faire dériver la règle ? et surtout comment comprendre que les termes de la formule aient varié, n'aient pas été sacramentels comme tous ceux qui sont tirés de la loi des Douze-Tables ; que nous lisions, par exemple, dans Quintilien *bis de eadem re ne sit actio*, dans Gaius *de eadem re agi non potest*, dans Julius Victor *ne bis de eadem re agere liceat*.

Ces raisons nous déterminent à penser que la règle

1. Inst., Orat., 7, 6-4.

2. Paul, L. 22, D. 44, 2. Ulp., l. 3, eod. Pomponius, l. 21, § 3, eod. Julien, l. 23, § 2, eod.

3. Orat., chap. IV, parag. 8.

4. Krüger, *Consumption*, p. 3.

s'est introduite par la coutume et a été développée par les prudents (1).

Dans la première période de son histoire, la procédure impliquait comme les contrats dont la stipulation est restée le type, prononciation de paroles solennelles ; l'*actio legis* constituait une véritable cérémonie avec des rites très strictement établis et dont il était impossible de se dispenser sous peine de perdre son procès ; Gaius nous le dit au parag. 30 de son 4^e *Comm.* « *Ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura cōdiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.* » C'est qu'ici comme dans la stipulation la forme dominait le fond, sans elle rien n'aboutissait ; bien plus, son inobservation rendait impossible une autre instance ; c'est une seconde particularité du droit romain, plus curieuse peut-être que la première et dont nous croyons trouver l'explication dans l'ouvrage de M. Griotet sur l'*Autorité de la chose jugée*, page 17. « Les effets de l'*actio* elle-même
« avaient sans doute leur origine dans une procédure plus
« ancienne. L'*actio* n'aura été que le débris fort altéré
« d'une cérémonie religieuse par laquelle, dans des temps
« plus reculés, on demandait aux dieux eux-mêmes la dé-
« cision des procès. *Actiones apud pontificum collegium*
« *erant* (2). A l'époque où cette sorte d'oracle tenait lieu
« de jugement, il avait dû paraître impossible de deman-
« der une seconde fois aux dieux la réponse qu'ils avaient
« déjà donnée ou qu'on n'avait pu obtenir, faute d'avoir

1. Bekker, *Processualische Consumption*. Bethmann-Holweg, *Rœm Civilpr.* 11, p. 486, note 7.

2. L. 2, § 6, de *Orig. juris*.

« observé tous les rites. Cette règle conservée par la tradition aura été appliquée à l'*actio* qui représentait elle-même l'antique cérémonie religieuse. » A cette époque reculée la religion absorbe tout, c'est en son nom que les difficultés qui s'élèvent entre les hommes sont réglées, aux pontifes seuls appartient la rédaction des formules, et c'est à eux que tout plaideur doit s'adresser. Mais le rituel des actions de la loi dont ils étaient les dépositaires et les interprètes va être divulgué ; d'autres magistrats vont être institués dont la *jurisdictio* n'émanera plus aussi directement de la divinité, et pourtant l'ancien principe demeurera, puisant une nouvelle force dans l'idée qu'il ne peut être permis aux particuliers d'abuser de l'assistance que l'Etat leur offre, et que si le demandeur est vigilant, une seule instance doit lui suffire pour obtenir satisfaction. (Bekker, *Process. Consumpt.*, p. 5 ; Bethmann-Holweg, *Rœm Civilpr.* 2, p. 485).

Le droit litigieux était donc consommé pour avoir été l'objet des formalités de la *legis actio*. Mais à quel moment peut-on dire pour ce système de procédure que la *legis actio* a été exercée ? C'est quand, toutes les formalités étant remplies, le magistrat renvoyait les parties devant le juge. Cet instant était précisé par un appel au témoignage des personnes présentes que les formes avaient été scrupuleusement observées ; les deux parties s'adressaient à elles en ces termes : *testes estote*. Poursuivons l'histoire de la procédure : à la longue, les *legis actiones* étaient devenues odieuses, (1) à cause des trop nombreux obsta-

1. Gaius, *Comm.* 4, parag. 30.

cles qu'elles opposaient au demandeur, l'usage de plaider par formules devenait peu à peu le droit commun. Dès lors, la cause de la consommation de l'action n'existant plus, l'effet, semble-t-il, disparaîtra ; il n'en fut pourtant pas ainsi. En cette matière comme dans plusieurs autres l'effet survécut à sa cause, et on continua à considérer l'extinction du droit d'action comme résultant de l'accomplissement de la procédure *in jure*. L'ancien principe subsistait parce qu'il répondait à un besoin persistant, celui de mettre obstacle aux procès. (1) « Que serait-il
« arrivé de l'administration de la justice, avec le chan-
« gement annuel des magistrats, si le demandeur avait
« pu mettre de côté la formule déjà obtenue ne la jugeant
« peut-être pas assez favorable et tenter d'en obtenir une
« nouvelle plus avantageuse auprès du nouveau magis-
« trat. » (2)

Mais à quoi allons-nous rattacher cet effet d'une cause disparue ? Quelle explication juridique lui servira de soutien ? Selon moi, la voici : L'impossibilité de renouveler l'action tenait autrefois à ce qu'une seule instance avait dû suffire à aplanir toute difficulté ; elle résulte maintenant de ce que le droit est éteint. L'extinction du droit a paru être aux Romains la conséquence du défaut d'action, car un droit dépourvu de sanction n'a pour ainsi dire plus d'existence. Mais où les jurisconsultes romains vont-ils trouver la cause de cet anéantissement ? Ils ont imaginé de dire qu'une sorte de novation avait eu lieu, et en effet, quoique superficielle une ressemblance existait avec la

1. L. 6, *De exc. rei jud.* 44-2.

2. Keller. *Procédure civile chez les Romains*, note 703.

novation, une obligation était éteinte et une autre était créée, celle de respecter la sentence du juge. Dans la novation c'était la stipulation qui produisait les deux résultats, dans le procès ce sera le contrat qui intervient entre les parties au moment de la délivrance de la formule. Ce moment correspondait à celui où avait lieu autrefois l'appel aux témoins. La *litis contestatio* a perdu son rôle mais l'expression est conservée; elle servira à désigner le contrat destructif et créateur. Tel est le commentaire que nous donnons de la phrase de Gaius, Com. 3, § 180, *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione*.

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERS MODES D'EXTINCTION DE L'ACTION.

SECTION I^{re}

Par quels moyens le défendeur opposera-t-il que le droit invoqué contre lui par son adversaire a déjà été exercé et par suite est éteint? Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant les époques et prendre pour point de départ un texte de Gaius (1) ainsi conçu : « *Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat de ea postea ipso jure agi non poterat : nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum* ». Ce texte nous apprend que la consommation de l'action s'opérait à l'époque formulaire par deux moyens : *ipso jure* ou *exceptionis ope*, et qu'à ce point de vue une différence avait lieu de son temps avec ce qui se passait autrefois à l'époque des *legis actiones* ; mais cette différence n'est pas précisée par le texte dont la dernière phrase : *nec omnino* etc. a donné lieu à des controverses entre les interprètes du droit romain. Gaius aurait voulu dire, suivant les uns, qu'au temps des actions de la loi les exceptions dont il sera ci-après parlé ne s'employaient point de la même manière que sous le système formulaire ; il n'aurait en-

1. Gaius, *Comm.* 4, parag. 408.

visagé l'exception que dans sa forme et au point de vue seulement de la procédure. Mais ainsi compris le texte de Gaius n'est-il pas absolument inutile ? n'est-ce pas l'évidence même que les exceptions, s'il y en eut sous l'empire des *legis actiones*, durent être opposées dans une forme toute différente de celle qui fut plus tard employée, puisqu'il n'y avait pas alors de formules. Suivant d'autres auteurs le paragraphe 108 signifierait que les exceptions dont on fit usage à l'époque formulaire étaient complètement inconnues au temps des *legis actiones*, et qu'alors c'était de plein droit que se produisait l'épuisement de l'action.

Je crois cette dernière opinion absolument conforme à l'esprit de l'ancien droit romain. La conception d'un moyen de défense qui n'est pas la négation pure et simple du droit allégué, qui tend seulement à le paralyser, à l'empêcher indirectement d'être admis est une conception subtile qui devait répugner aux vues rigoureuses du droit primitif. En voici quelques preuves : Dans la *legis actio per sacramentum* le juge ne peut répondre que par une affirmation ou une négation à la question qui lui est posée : *an sacramentum sit justum*. Il n'aurait pas été permis à un défendeur de combattre la prétention de son adversaire en alléguant un droit qui lui est propre ; sa défense ne peut consister que dans la négation du droit prétendu par le demandeur. Il est dans l'esprit du droit Romain primitif de simplifier les procès, principalement en écartant toute défense qui n'est pas conçue en forme de négation (1).

1. Karlowa (*Der Romische Civilprozess*, page 346. Ihering, IV, page 53.

Nous sommes maintenant à même, je crois, de comprendre le sens de l'expression *ipso jure* à l'époque des *legis actiones*. Elle veut dire que le magistrat procédait ou non aux solennités de la *legis actio* suivant que l'action du demandeur était produite pour la première fois en justice ou qu'elle avait été déjà consommée par une *deductio in judicium*. Cette question devait présenter peu de difficultés à cause du nombre très restreint des actions ; le magistrat pouvait du reste s'en référer au témoignage des personnes présentes lors de la première *legis actio*. Quelque doute s'élevait-il, la voie ouverte au défendeur pour repousser l'action du demandeur était, suivant Savigny (1), une *sponsio præjudicialis* ; le juge devant lequel les parties étaient renvoyées tranchaient la question. On invoque en ce sens l'usage répandu à Rome d'engager des *sponsiones* sur toute espèce de contestations entre particuliers (2). On s'appuie ensuite sur un texte de Plaute (3) ainsi conçu : « *Cedo quicum habeam judicem, ni*
« *dolo malo instipulatus sis nive etiamdum haud siem quinque*
« *et viginti annos natus.* »

Reprenons brièvement ces deux arguments. De ce que le procédé de la *sponsio* fut familier aux Romains on ne peut pas conclure qu'il trouvât en notre matière son application. Quant au texte de Plaute il se prête à plusieurs interprétations. L'hypothèse qu'il vise est celle d'un personnage nommé Labrax qui a promis une somme d'argent à l'esclave Gripus, mais qui se fonde sur la loi Ploc-

1. Syst. V. § 228, Keller, *De la procéd civ.* trad. Capmas. p. 154.
Bethmann-Holweg. *Der civil process. des gem Rechts*, t. I, page 124.

2. Gaius, comm. 3, parag. 123.

3. Rudens V, 3, vers 24.

toria pour se soustraire à l'exécution de sa promesse ; ses paroles sont *cedo*, etc. Il y aurait là, suivant Savigny, la preuve d'une instance préjudicielle sur l'*exceptio legis Plætorie*. Pour M. Accarias (1) le texte devrait être ainsi traduit : Je consens à plaider si le magistrat lui-même reconnaît que ma promesse est le résultat d'un dol et que je suis mineur de vingt-cinq ans. — M. Naudet l'interprète comme il suit : Présente quelqu'un avec qui je puisse plaider, je soutiens que ta stipulation est de mauvaise foi et que je n'ai pas encore vingt-cinq ans. Enfin Ihering (2) s'exprime ainsi : « La prétention n'était pas de nature à
« devenir l'objet d'un débat en justice, car il ne s'agissait
« pas d'une promesse civile obligatoire, mais d'une promesse sous serment de donner une récompense à celui
« qui trouverait un objet perdu ; or pareille promesse ne
« crée aucun lien juridique. » Le préteur ne devait donc pas nommer un juge pour écarter une prétention qui en droit n'existait pas. Il s'agit dans le texte continue Ihering, « non d'un procès qui va être intenté, mais d'un
« de ces arrangements si fréquents dans la vie romaine
« dans lesquels les parties s'en remettaient à la décision
« d'arbitres (les premiers venus, *cedo quicum*) sur un
« point quelconque qu'elles jugeaient être le nœud de
« leur différend. » Si nous écartons la *sponsio*, nous dirons que c'était au magistrat à vérifier si la prétention du demandeur n'avait pas déjà été déduite en justice et d'après le résultat de cet examen à donner suite ou non à la *legis actio* ; c'était un cas de *cognitio prætoris*. En effet,

1. Tome 2, page 4242, note 1. *Précis de dr. romain*.

2. *L'Esprit du dr. romain*, tome 4, page 420.

le magistrat appelé à organiser le procès devait vérifier si les conditions requises pour l'intenter étaient réunies afin d'accorder ou de refuser l'action ; c'était à lui qu'incombait le devoir de faciliter la solution du litige en ne donnant à résoudre au juge qu'une question, unique et simple.

Quand le système formulaire eut supplanté la procédure des actions de la loi, le préteur dût continuer à examiner lui-même s'il y avait lieu d'appliquer la règle *bis de eadem re ne sit actio* ; cet examen consistait probablement à rapprocher les termes de la première formule de ceux qui étaient proposés pour la seconde. (Bekker, *die processualische consumpt.* p. 264). Mais au fur et à mesure que les affaires litigieuses devenaient plus nombreuses et que l'analyse de la *res* se précisait, le préteur n'eut plus le loisir d'examiner lui-même la question préjudicielle ; il chargea le juge de la trancher sous la forme d'une *præscriptio* (1), c'est-à-dire d'une clause mise en tête de la formule et enjoignant au juge de ne passer à l'examen de la question principale qu'autant qu'il aurait jugé non fondée la question préjudicielle.

Au temps de Gaius les *præscriptiones* n'existent plus (2) ; nous en concluons que la question de savoir si la *res* a déjà été une fois *deducta in iudicium* sera examinée non plus d'une façon préliminaire mais à propos de l'*intentio* que le but du défendeur est de faire rejeter. Si donc le juge estime que la deuxième demande viole la règle

1. Keller, *Proc. civ. chez les Romains*, p. 193, parag. 45. Loi 11. Dig. 44, 1. Loi 42. Liv. XI., titre 12.

2. Accarias, *Précis de dr. rom.*, tome 2, p. 1280.

bis de eadem re, il déclarera l'*intentio* mal fondée, sans qu'il soit nécessaire que la formule lui confère à cet effet aucun pouvoir spécial.

Mais les règles du droit primitif ne vont plus suffire aux besoins d'une société qui s'agrandit, car, pour n'en citer qu'un exemple, elles ne s'étendent qu'à une faible distance de la ville et laissent en dehors de leur protection les pérégrins. Ceux qui ne participent pas des bienfaits de l'*ipsum jus* ne vont pas pouvoir, notamment, invoquer la règle *bis de eadem re ne sit actio*. Il faut pourtant que le défendeur puisse éviter les conséquences désastreuses du renouvellement de l'action ; c'est au Préteur qu'il s'adressera, et ce magistrat, investi du droit de rédiger les formules d'actions, enjoindra au juge de ne condamner le défendeur qu'autant que l'action de son adversaire n'a pas déjà été intentée.

Analysons brièvement le procédé. Le Préteur délivre au demandeur la formule après y avoir inséré entre l'*intentio* et la *condemnatio* l'ordre donné au juge. Le juge reconnaît qu'en droit strict le demandeur peut agir. « *tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere potest,* » dit Gaius, (*Comm.* 3, parag. 181), mais c'est un hommage purement platonique qu'il rend aux principes du droit civil, il ne leur reconnaît plus la vertu d'entraîner une condamnation. Le moyen nouveau auquel les défendeurs allaient désormais pouvoir recourir pour éviter le renouvellement de l'action était l'*exceptio rei in judicium deductæ*.

Il existe dès lors deux modes différents d'empêcher qu'une action soit exercée plus d'une fois avec succès ; ou

bien le défendeur se prévaudra des règles de l'*ipsam jus* ou il invoquera une exception. Nous venons de voir l'importance historique de la distinction; quel est maintenant son intérêt pratique? Il se déduit de la mission du juge qui est avant tout d'obéir et de se conformer à la formule et peut être ainsi indiqué : l'exception qui n'y était point insérée par oubli par exemple du défendeur, ne pouvait être proposée pour la première fois *in judicio* (1); au contraire, le juge pouvait et devait admettre la défense tirée du fond du droit sans que la formule lui conférât aucun pouvoir spécial. (2)

La distinction a encore un autre intérêt, mais d'une application plus rare; il est indiqué par M. Accarias (3). Dans certains cas le demandeur peut se faire restituer contre les conséquences de la *litis contestatio*, mais il procédera d'une façon différente suivant que son droit a été simplement paralysé par une exception ou que l'extinction s'est produite *ipso jure*. Dans le premier cas, il le fera de nouveau valoir et à l'exception *rei in judicium deductæ* qui lui sera opposée il répondra par une *replicatio doli mali* (4). Au second cas, il n'aura d'autre ressource que l'action de dol, si le dol de son adversaire est la cause de son échec (5) ou bien le Préteur à titre de *restitutio in integrum* lui délivrera une nouvelle formule si

1. Gaius, *Com.*, par. 123. Bethmann-Hollweg, *Der civil process.*, tome 2, p. 383.

2. Gaius, *Comm.* 4, parag. 107.

3. Précis de dr. R. tome 2 page 883.

4. Loi 2, Code. liv. 3 tit. 1, et loi 46 § 3. D. 26, 7.

5. Loi 20 § 1, liv. 4, tit. 3.

mineur de vingt-cinq ans il a perdu une bonne cause (1) par la faute de son curateur.

SECTION II

De l'*exceptio rei in iudicium deductæ*

Ce n'est que depuis la découverte des commentaires de Gaius que nous connaissons cette exception ; il n'en est pas fait mention au Digeste et la raison en est simple. A l'époque de Justinien elle n'avait plus de domaine propre, elle était éclipsée par une autre exception que nous rencontrerons plus loin, l'*exceptio rei judicatæ*, dont le but était d'empêcher une seconde action de contrarier une première sentence, et qui répondait à merveille aux besoins de tranquillité privée qu'éprouvaient les Romains. Dans une large mesure, les résultats obtenus par l'exception *rei in iudicium deductæ* n'en restaient pas moins acquis, mais ils étaient consacrés dans cette mesure par l'exception *rei judicatæ*. Que firent alors les compilateurs de Justinien ? Ils effacèrent les traces de l'ancienne exception et écrivirent à la place le nom de la nouvelle. C'est dans les commentaires de Gaius, avons nous dit, qu'on trouve l'expression *exceptio rei in iudicium deductæ*. Il en est fait mention au commentaire 3 § 181 et au commentaire 4 § 106, 107 et 121, dont nous donnerons plus loin l'explication. Quant à la façon dont elle était conçue, Cicéron nous l'apprend, tout au moins un passage du *de*

1. Loi 25, 26, 7.

oratore (1) nous permet de la reconstituer. En voici les termes : « *Petitor rursus quum peteret, ne exceptione excluderetur quod ea res in iudicium antea venisset.* » Si nous le rapprochons de la loi 9 § 2. 44, 2, qui donne la formule de l'exception *rei judicatae* : *si ea res iudicata non est inter me et...*, nous sommes amenés à admettre la rédaction suivante pour l'*exceptio rei in iudicium deductae* : *Si ea res in iudicium antea non venerit.* » Les termes n'en durent pas d'ailleurs être immuables, et on conçoit qu'ils se soient prêtés à des modifications, quand, par exemple, la première action ayant été *in factum* les conditions de l'*eadem res* demandaient à être précisées (2).

Gaius nous dit que l'exception *rei in iudic, ded.* était une exception péremptoire, c'est-à-dire qu'elle avait toujours la même force, celle de faire rejeter la demande à quelque époque qu'elle fût renouvelée. « *Perpetuo valent nec evitari possunt.* » (3) Le droit paralysé par cette exception péremptoire est réputé nul, et en voici l'intérêt pratique signalé par le même Gaius au § 125 *Comm. 4* : « *Peremptoria quidem exceptione, cum reus non fuit usus, in integrum restituitur exceptionis gratia.* » Si le défendeur, ignorant avoir à sa disposition notre exception, a omis de la faire insérer dans la formule, il pourra, jusqu'à la sentence, obtenir une *restitutio in integrum* dont la conséquence sera l'insertion de l'exception omise. Il est vrai que le § 125 se terminant ainsi : *dilatoria vero si non fuit usus, an in integrum restitatur, quaeritur* », on peut nous objec-

1. de Orat. 1, 37.

2. Savigny. Traité de dr. Rom. tome 5 page 182.

3. Gaius. *Comm. 4* § 121.

ter que la *restitutio in integrum* n'était pas une particularité attachée à l'omission des exceptions péremptoires. Nous croyons que la controverse signalée sur ce point par Gaius ne dut pas tarder à être tranchée. Un texte d'Ulpien (1) nous apprend en effet que quand l'exception *procuratoria*, qui était une exception dilatoire, avait été omise dans la formule, il ne pouvait y avoir lieu d'accorder une *restitutio in integrum*; et cette décision est raisonnable, car l'erreur du défendeur ne lui enlève dans ce cas que le bénéfice d'un délai; le besoin d'une mesure énergique de protection ne se fait pas sentir. (2)

L'exception *rei in judicium deductæ* était au nombre de celles qualifiées par les Romains *rei cohærentes*; elle pouvait être opposée par d'autres personnes que le défendeur au premier procès. Nous tirerons plus loin les conséquences de ce caractère (3) quand nous nous demanderons pourquoi les fidéjusseurs et les *correi* pouvaient invoquer l'exception.

Enfin l'exception *rei in judicium deductæ* rentre dans la catégorie des exceptions fondées sur l'ordre public; elle n'était pas contenue dans l'exception de dol et on ne pouvait lui appliquer la règle : *Doli exceptio inest bonæ fidei judiciis* (4). Un texte d'Ulpien a pourtant été mis en avant pour prétendre que toutes les exceptions reposaient sur l'équité et que l'exception de dol les renfermait toutes; c'est la loi 2, § 5, Dig., liv. 34, tit. 4; elle est ainsi con-

1. L. 37 § 1. 3, 3.

2. Accarias. Précis tom. 2. n° 899.

3. Loi 7, § 1, Dig., liv. 44, tit. I. Machelard, *Des oblig. natur.*, p. 438.

4. Ulpien, loi 21, liv. 24, 3.

que : « *Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum*
« *exceptionibus doli oriri exceptionem : quia dolo facit qui-*
« *cumque id quod quaque exceptione elidi potest pati.* » Ce
n'est pas le lieu de discuter ici la question dans ses ter-
mes généraux (1); je me bornerai à donner le sens
du texte en tant qu'il s'applique à notre exception ;
Ulpien veut dire, selon moi, que l'*exceptio doli* compren-
dra l'*exceptio rei in iudicium deductæ*, par exemple quand
le demandeur aura su que son adversaire en était armé;
par cela même qu'il en aura eu connaissance avant d'en-
gager l'instance, il sera réputé avoir commis un dol et
les règles de l'*exceptio doli* lui seront applicables.

SECTION III

Cas d'application de l'*exceptio rei in iudicium deductæ*.

Nous avons vu plus haut que, sous le système formu-
laire, la sanction de la règle *bis de eadem re* avait lieu de
deux façons : *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Quel a été le
domaine propre de chacun de ces moyens ? Gaius nous
apprend aux paragraphes 106 et 107 de son 4^e Commen-
taire que l'action s'éteignait *ipso jure* quand le *iudicium*
était *legitimum*, la formule *in jus concepta*, et l'action *in*
personam, et qu'une exception était nécessaire dans le
cas d'un *iudicium imperio continens*, d'une formule *in fac-*
tum et d'une action réelle. Je crois du reste utile de
transcrire ici le texte de Gaius :

1. *Précis de dr. rom.* Accarias, p. 1221, note 1.

§ 106. « *Et si quidem imperio continenti judicium actum*
« *fuert, sive in rem, sive in personam, sive ea formula quæ*
« *in factum concepta est, sive ea quæ in jus habet intentio-*
« *nem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest,*
« *et ideo necessaria est exceptio (rei judicatæ) vel in judicium*
« *deductæ.* »

§ 107. « *At vero in legitimo judicio in personam actum sit*
« *ea formula, quæ juris civilis habet intentionem, postea ipso*
« *de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua*
« *est. Si vero vel in rem, vel in factum actum fuerit, ipso*
« *jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio neces-*
« *saria est (rei judicatæ) vel in judicium deductæ.* »

Ces textes, rapprochés du § 181, Comment. 3, paraissent, semble-t-il, en contradiction avec lui ; en effet, au lieu de trois conditions pour que l'extinction s'opère *ipso jure*, le § 181 n'en exige qu'une seule, que le *judicium* soit *legitimum*. Mais il n'y a qu'une antinomie apparente, le § 181 ne vise que l'extinction par la *litis contestatio* d'une obligation civile qui ne peut avoir par conséquent qu'une formule *in jus concepta* (1).

§ 1. — *Judicium legitimum et judicium imperio continens.*

Toutes les instances judiciaires étaient fondées sur le *legitimum jus* ou renfermées dans la durée de la magistrature. Étaient *legitima* les *judicia* qui s'engageaient devant un seul juge (2), dans la ville de Rome ou à une

1. Keller, *Litis cont.*, p. 86.

2. Les expressions de Gaius : *Judicia... quæ sub uno judice accipiuntur*, doivent s'entendre par opposition aux *judicia recuperatoria*, mais

distance de moins d'un mille, le juge et les plaideurs étant tous citoyens romains (1).

L'une de ces conditions faisant défaut, le *judicium* était *imperio continens*. Rentraient dans cette catégorie toutes les instances engagées au delà du premier mille de Rome tant entre citoyens romains qu'entre pérégrins, celles qui s'engageaient devant un seul juge lorsque ce juge ou l'un des plaideurs était pérégrin et les *judicia recuperatoria*. La dénomination de *judicia imperio continentia* venait de ce que ces instances n'étaient valables que pendant le temps où celui qui les a ordonnées conserve le pouvoir. Mais pourquoi une différence dans leurs effets ? Pourquoi la *litis contestatio* opérait-elle *ipso jure* dans le premier cas et *exceptionis ope* seulement dans le second ? Plusieurs explications ont été données. D'après le jurisconsulte allemand Bekker (2), il n'y aurait eu d'action proprement dite et méritant ce nom que les *judicia legitima* ; le fait d'avoir agi en dehors d'elles ne comptait pas, n'avait aucune valeur et ne pouvait mettre en droit aucun obstacle au renouvellement du litige. Toutefois le préteur qui avait autorisé le procès pouvait en vertu de son *imperium* lui attribuer des effets analogues à ceux de l'action légitime, en empêchant l'issue de la seconde instance. Il ne me paraît pas que la conjecture de Bekker puisse s'appuyer d'aucun texte, et que le droit civil ait été suivant les ju-

non aux centumvirs ou décemvirs ; car ces derniers, dit Keller (*Civil-pr.*, p. 202), n'étaient point des *judices a magistratu dati* et ne jugeaient point *ex formula*, et par conséquent ne devaient pas être assujettis au délai dont il est parlé pour les instances *quæ imperio magistratus continentur*.

1. Gaius, § 103, 104, 105, 4^e Comm.

2. *Processualische consumption*, pag. 280 et 300.

risconsultes romains [la seule source des actions véritables (1). Selon moi, le véritable motif de la différence entre les deux espèces de *judicia* repose sur l'idée que les *judicia legitima* ayant été seuls institués par le droit primitif, à eux seuls pouvaient appartenir des effets consacrés par l'*ipsum jus*. Le préteur crée bien des instances parce qu'entre Romains et pérégrins s'établissent des rapports juridiques qu'il ne doit pas laisser dépourvus de sanction, mais en innovant il ne peut se mettre en hostilité avec le *jus*; aux nouvelles instances il ne donne pas pour effet de détruire un droit, mais il arrive à un résultat analogue par un procédé qu'il imagine pour paralyser l'action et l'empêcher d'aboutir; ce procédé est l'exception. (Keller, *Litis cont.* p. 114).

§ 2. — Actions *in jus conceptæ* et actions *in factum*.

La seconde condition de l'extinction *ipso jure* c'est que l'*actio* soit *in jus concepta*. Dans les actions *in factum*, cet effet n'a lieu que *per exceptionem*. Ici se reproduit l'explication donnée par Bekker au sujet des *judicia legitima* (*Processualische consumption*, page 280). Les actions *in factum* n'auraient jamais été considérées par les Romains comme de véritables actions, parce qu'elles sont de nature prétorienne (2); si elles ont produit des effets analogues aux actions civiles, c'est grâce à l'im-

1. Gaius, 4^e *Comm.* parag. 111. Keller *Procéd. civ.* trad. Capmas, pag. 203, note 520.

2. Maynz, tome I, page 535, note XI.

perium du prêteur. Cette conjecture ne me semble pas fondée et j'en donne pour raison que les formules créées par le prêteur avaient reçu de la loi *Æbutia* une consécration légale (1); et que dans beaucoup d'actions prétorienes, celles qui étaient *in jus conceptæ*, l'extinction se produisait *ipso jure*. (Keller. *Civilpr.* p. 140.)

D'après le jurisconsulte allemand Krüger (2)., le Préteur aurait employé l'exception pour préciser au juge l'influence de la première action sur le procès qu'il est maintenant chargé de résoudre. En effet, le rapport entre la vérification d'un fait et la question de droit soumise au juge, demande à être établi d'une façon spéciale. Je répondrai qu'à ce point de vue la même solution aurait dû être adoptée dans les actions *fictitiæ* où des doutes pouvaient s'élever sur l'identité des parties, et ce n'est pas ce qui eut lieu.

D'après d'autres auteurs (3), l'extinction se serait opérée *per exceptionem* dans les actions *in factum* parce qu'un fait ne saurait être l'objet d'une novation. Mais il faudrait préalablement démontrer que la *litis contestatio* constituait une novation; ce n'est pas ici le lieu de discuter la question, je dois seulement dire que l'idée me paraît inexacte. « Pourquoi, du reste, dit M. Griolet, (4) « n'aurait-on pas admis qu'il y avait eu novation de l'obligation résultant du fait indiqué et hypothétiquement « affirmé par la formule ».

1. Gaius. com. 4, parag. 30.

2. *Consumtion*, p. 37.

3. Keller, *Litis Cont.* p. 118.

4. *Autor. de la ch. jugée*, page 19.

La véritable explication me paraît reposer sur la conception nouvelle de la *litis contestatio* à laquelle les Romains avaient attribué l'effet de détruire les droits déduits *in iudicium*. Or cette conséquence de l'action intentée ne pouvait s'appliquer à des faits qui eux ne s'effacent pas. Les textes eux-mêmes le disent; ainsi le *postliminium* ne pouvait faire considérer le captif comme ayant continué à posséder (1). Si donc l'action est renouvelée le juge ne pourra sans une clause spéciale la rejeter, car à partir de ce moment le fait cesserait d'être exact, ce qui ne peut être. Il faut pourtant dans cette seconde action empêcher l'éventualité d'une condamnation, c'est pourquoi le préteur insère l'exception. (2)

§ 3. - Actions *in personam* et actions *in rem*.

Nous devons encore nous demander ici pourquoi dans les actions personnelles, l'effet extinctif de la *litis contestatio* opérait de plein droit, tandis qu'une exception était nécessaire pour empêcher le renouvellement des actions réelles.

D'après M. Bonjean (3) la différence se justifierait par l'idée que dans les actions réelles la novation directe est impossible, car le droit réel n'est point comme l'obligation susceptible d'être nové. M. Ortolan (4) est du même

1. Loi 12, § 2, *De capti.*, XLIX, 13. — Loi 27, § 2, *De pactis*, liv. 2, tit. 14.

2. Keller, *Civilpr.*, § 60, page 269, note 712.

3. *Traité des actions*, tome 1, page 477. Keller, *Litis cont.* p. 118.

4. *Explicat. historiq. des Inst.* tome 2, § 2046.

avis. « Il ne s'opère aucune novation, dit-il, et l'ancien
« droit continue de subsister... si le droit productif est
« un droit réel, car un droit réel ne peut être nové par
« une obligation... de telle sorte que le demandeur pour-
« rait encore à la rigueur et avant la sentence, intenter
« contre le défendeur de nouvelles actions pour la même
« cause, mais comme cette double poursuite serait ini-
« que, le défendeur repousserait la nouvelle action par
« l'exception *rei in iudicium deductæ*. » M. Ortolan pense
donc que la raison qui empêchait le renouvellement de
l'action était l'extinction du droit personnel par une no-
vation. Je veux essayer brièvement de démontrer qu'une
novation n'était pas intervenue sous la forme de la *litis*
contestatio, que le droit personnel n'était pas éteint, que
son moyen de sanction seul était empêché.

L'opinion que je combats s'appuie sur plusieurs textes,
1^o la loi 29 de Nov. 46, 2 qui oppose la *novatio voluntaria* au
iudicium acceptum, ce qui paraît signifier que la *litis con-*
testatio contiendrait une *novatio necessaria*, 2^o un passage
de Papinien, le § 263 des fragments du Vatican se termi-
nant ainsi : « *Inchoatis litibus actiones novavit* », ce qui
revient à dire que la *litis contestatio* est une forme de
novation. Mais la novation est l'extinction d'une obliga-
tion par la création d'une obligation nouvelle ; or il n'y
a pas ici extinction de l'obligation antérieure. En effet
les hypothèques et privilèges qui la garantissaient sub-
sistent, L. 29, 46, 2 ; les intérêts continuent à courir.
L. 35, 22, 1. En outre l'obligation conserve des effets
importants sous le nom d'obligation naturelle : elle peut
faire l'objet d'un paiement, être opposée en compensation,

elle peut être garantie par des fidéjusseurs et par des droits de gage et d'hypothèque. Sont-ce là les effets d'une novation ? Les Romains ont, il est vrai, (1) établi un rapprochement entre la *litis contestatio* et la novation ; l'impossibilité de renouveler la même action leur a paru équivaloir à l'anéantissement du droit, et, ce droit éteint être remplacé par une créance éventuelle résultant de la sentence du juge, et ils ont imaginé de renouer ces résultats, et de les expliquer juridiquement par une idée de contrat qui interviendrait entre les parties au moment où la formule leur est délivrée. La ressemblance avec la novation était superficielle, accidentelle ; au fond, de profondes différences existaient avec elles. Si donc la novation n'était pas la cause qui empêchait le renouvellement de l'action, il importe peu qu'un droit réel n'ait pu être nové.

Keller (2) explique autrement la différence sous le système formulaire entre les actions personnelles et les actions réelles. « La règle de la *consumptio*, dit-il, fut dans « le principe une règle toute de procédure, toute exté-
« rieure qui pouvait se traduire ainsi : la même *legis actio*
« (*in concreto*) ne peut pas être reproduite une deuxième
« fois. De là se reportant au côté intrinsèque, aux effets de
« droit que cette règle pouvait produire sur l'objet même
« du litige, on fut amené assez naturellement à dire,
« *l'intentio aio te Seium mihi dare oportere*, qui d'après
« la loi *bis de eadem*... ne peut pas être reproduite, a
« donc cessé d'être vraie, partant Seius est libéré. Mais

1. Gaius, III, § 180. Paul, L. 29 *de Nov.* XLVI. 2. Papin, Fr. Vatic. § 263.
2. Keller. *Procéd. civ.* page 269, note 712.

« on ne pouvait en dire autant de *l'intentio in rem* par ex :
« *Aio eam rem ex jure Quiritium meam esse*, car celle-ci peut
« encore être reproduite au moins contre d'autres ad-
« versaires, et partant n'a pas absolument cessé d'être
« vraie. » Dans la procédure des *legis actiones*, le droit
réel était invoqué contre une personne déterminée ;
il ressemblait à un droit de créance en ce que le juge se
demandait si le *sacramentum* était *justum* ou *injustum*, et
il était alors vrai de dire que le perdant n'était pas le ti-
tulaire du droit. Mais sous la procédure formulaire, la pré-
tention du demandeur peut être reproduite contre d'autres
adversaires ; il faut que le juge soit prévenu quand c'est le
même défendeur qui est en cause dans la seconde action ;
il le sera par une exception. Cette opinion n'est peut être
pas tout à fait conforme au § 106 de Gaius d'après lequel
l'exception *rei in j. ded.* est nécessaire toutes les fois qu'on
veut réitérer une action réelle. En effet dans l'action né-
gatoire (1) qui est réelle, l'*intentio* nomme le défendeur,
pourtant une exception sera nécessaire pour faire re-
pousser une seconde action.

M. Accarias (2) explique autrement la nécessité de
l'exception quand la première action avait été réelle. A
l'époque des *legis actiones*, il n'était question que de la
consommation de l'action ; le droit n'était pas éteint,
c'est même sur lui que s'appuyait le demandeur pour se
faire mettre en possession de la chose litigieuse. Gaius
le dit au § 48 du Comment. 4 : « *Si corpus aliquot petamus*

1. L. 12 et 13, *Si serv. vind* 8, 5.

2. *Précis de dr. R.*, tome 2, page 885.

« *velut fundum..... judex non ipsam rem condemnat eum,*
« *sicut olim fieri solebat, æstimata re pecuniam eum condem-*
« *nat.* » Bien plus, la question d'extinction du droit réel ne pouvait se poser ; ce n'était pas en effet ce droit qui était déduit en justice, mais la question suivante : *utrius sacramentum justum sit*. Dans les actions personnelles, les condamnations étaient, il est vrai, pécuniaires, (1) c'était là avant tout un moyen de rendre égale la condition des créanciers, mais ce principe combiné avec la règle *bis de eodem.....* amena un résultat équivalent au plein épuisement du droit. Quant aux droits réels on continua à les considérer comme subsistant après la *litis contestatio*, seulement le préteur ordonnait au juge de les regarder comme éteints et le moyen qu'il employait était l'exception parce que le principe des condamnations pécuniaires était dans les actions réelles une innovation.

Ce système suppose admis que sous les *legis actiones* toutes les condamnations étaient *ad ipsam rem* ; or cette opinion a été combattue par un jurisconsulte italien, M. Brini (2) et depuis par M. Montagnon dans sa thèse de doctorat (3). Selon MM. Brini et Montagnon il faudrait traduire autrement qu'on ne l'a fait jusqu'alors le § 48 Comm. 4, de Gaius. Ce texte ne signifierait pas qu'à la différence de ce qui se passait autrefois, le juge, sous la procédure formulaire, condamnait le défendeur non à la chose mais à une somme d'argent. Il voudrait dire que de même qu'autrefois, le juge estimait la chose et pro-

1. Gaius, *Com.* 4, par. 21.

2. *Archivio Giuridico de Bologna*, année 1878.

3. *De la nature des condemn. civiles.*

nonçait une condamnation pécuniaire. Il n'y aurait pour admettre cette dernière traduction qu'à rattacher le membre de phrase : *sicut olim fieri solebat*, aux mots qui suivent et non à ceux qui précèdent ; et de cette interprétation du texte de Gaius résulterait que sous la procédure des *legis actiones* toutes les condamnations tendaient à une somme d'argent. Cette opinion s'appuie en outre sur ce que la *manus injectio* n'était applicable qu'à des sentences qui constataient une dette d'argent (1). Cette condamnation à une somme d'argent aurait été une espèce de composition motivée par la lésion de droit considérée comme délit. A cette époque reculée, c'est un pur sentiment de vengeance qui anime celui qui fait œuvre de justice privée ; comme preuve M. Montagnon cite : le combat simulé des parties dans la procédure du *sacramentum*, la perte de ce *sacramentum*, la *sponsio pœnalis*, l'exécution privée de la sentence, les mauvais traitements contre les insolvable. Les auteurs qui pensent que les condamnations portaient originairement *in ipsam rem* éprouvent du reste une certaine difficulté à expliquer le changement produit. (2) « Il faut qu'ils admettent, dit M. Montagnon (3), contre toutes les analogies du droit Romain que la *lex Æbutia* introductive de la procédure nouvelle a opéré un bouleversement aussi brusque qu'important, et en second lieu que ce changement, au lieu de réaliser un progrès a été un retour en arrière, un écart nous éloignant du but naturel du droit. »

1. Gaius, *Com.* 4, parag. 21.

2. Zimmern, *Traité des actions*, page 87. Ortolan, *Explic. historiq. des Instituts*, t. 2, page 450.

3. *Op. cit.*, page 30.

Au lieu de donner comme origine au système formulaire la loi *Æbutia*, M. Brini pense que la nouvelle procédure dérive de la *legis actio per conductionem*. Cette *actio legis* avait été créée pour les actions personnelles *de certâ pecuniâ* et *de certâ re*, mais comme les formes s'y trouvaient simplifiées, on voulut les appliquer aux actions réelles. C'était, il est vrai, sortir des formes quiritaires, qui étaient celles du *sacramentum* pour les actions réelles; aussi l'extinction ne pouvait avoir lieu *ipso jure*. Une lacune existait que le Préteur vint combler au moyen de l'exception.

Cette dernière opinion montre, je crois mieux que toute autre, comment a pris naissance l'idée de l'extinction du droit porté en justice et comment de cet anéantissement les jurisconsultes Romains ont conclu à l'impossibilité de renouveler l'action. A l'origine la nature du droit n'est pas déterminée, ce n'est pas pour la faire reconnaître qu'une action est intentée, c'est pour obtenir la réparation d'un dommage causé, pour être indemnisé. L'action domine donc le droit, *forma dat esse rei*. A l'action seule s'applique la règle *bis de eadem* ... et son extinction tient à ce que les formalités de la *legis actio* ont été remplies. Mais plus tard le droit est mieux déterminé, mieux distingué de son moyen de sanction; celui qui s'en prétend titulaire voudrait en faire reconnaître les différents effets, pourtant il n'y arrive pas, ce n'est jamais qu'une somme d'argent qu'il obtient. Le résultat paraît bizarre aux jurisconsultes romains; ils ne se reportent pas pour l'expliquer aux primitives conceptions du droit, ce n'est pas une méthode qu'ils emploient

jamais; ils vont se contenter de chercher dans leurs institutions vivantes un terme de comparaison, ils le trouvent dans une opération juridique usuelle, la novation. Dans le procès, un droit leur semble éteint et un autre créé à sa place, c'est également ce qui se produit dans la novation. Dans la novation, la substitution est l'œuvre de la stipulation, dans le procès le double résultat doit être produit également par un contrat; ce contrat destructif du droit ancien et créateur d'un droit nouveau sera censé intervenir au moment où les parties acceptent la formule, et l'expression *litis contestatio* servira à désigner ce contrat d'un nouveau genre dont l'effet sera plus souvent non voulu. N'importe, le droit qui a fait l'objet d'une *deductio in judicium* ne pourra être renouvelé parce que la *litis contestatio* l'a éteint; c'est le langage employé (1).

Toutefois, nous avons vu plus haut que pour éteindre les droits réels, il faudrait avoir employé les formes du *sacramentum*, mais elles sont tombées en désuétude; le droit réel pourra donc, *ipso jure*, être renouvelé. C'est alors que le Préteur intervient pour éviter les conséquences d'une seconde action, il ordonne aux juges d'absoudre le défendeur, parce que le droit qui lui est soumis a déjà fait l'objet d'un premier procès.

1. Gaius, *Comm.* 4, page 180.

SECTION IV

Conditions d'application des exceptions *rei in iudicium deductæ* et *rei iudicatæ*.

L'exception *rei in iudicium deductæ* sert, comme nous l'avons déjà dit, à écarter une seconde action relative à la même affaire que la première, c'est ce qu'atteste le passage de Cicéron déjà cité (1): « *Quod ea res in iudicium antea venisset.* » Quand cette condition se rencontrera-t-elle et que faut-il entendre par l'expression *eadem res*? C'est la question dont nous devons maintenant nous occuper. Ce qui en fait la difficulté, c'est que sous Justinien l'exception *rei in iudicium deductæ* n'était plus employée; elle avait fait place à un autre moyen de défense appelé *exceptio rei iudicatæ* qui eut successivement deux fonctions mal distinguées par les jurisconsultes romains. Aujourd'hui, le rapport des deux formes de l'exception *rei iudicatæ* est mieux précisé. Pour l'exprimer, Keller a même imaginé deux dénominations aujourd'hui assez généralement reçues, de *fonction négative* et *fonction positive*, de l'exception *rei iudicatæ* (Keller, *Litis cont.*, p. 222).

L'exception eut d'abord pour effet négatif de consacrer la règle *bis de eadem re ne sit actio*, d'empêcher le renouvellement de l'action, puis pour effet positif d'assurer la vérité des déclarations résultant d'un *iudicium* précédent. Or, l'examen du juge portait sur des points diffé-

1. *De oratore*, 1, 37.

rents, suivant que l'exception était employée dans l'une ou l'autre de ses fonctions.

Avant que l'exception *rei judicatæ*, envisagée dans sa fonction positive, fut créée, le juge n'avait qu'à se demander si une première action identique n'avait pas déjà été exercée ; mais quand l'autorité de la chose jugée fut devenue le principe essentiel, le juge n'eut plus qu'à se poser la question de savoir si la sentence qu'on sollicitait de lui ne contredirait pas un premier jugement rendu. Les deux fonctions de l'exception ont coexisté jusqu'à Justinien ; la seconde, la fonction positive, n'a pas supplanté la première, elle n'a fait qu'en combler les lacunes et a profité dans une certaine mesure des résultats acquis avant elle (1). Les deux principes ont été confondus dans leurs applications, comme ils le sont dans le texte suivant : « *Singulis controversiis singulas actiones* »
« *unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit* »
« *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque in-* »
« *plicabilem pariat difficultatem, maxime si diversa pronun-* »
« *tiarentur* (2). »

Il importe donc de bien examiner les textes afin de distinguer ceux qui se rapportent à la fonction négative de ceux relatifs au principe de la chose jugée.

Pour constater l'identité des droits déduits en justice, il faut, comme l'ont fait les Romains, les analyser. Après eux, nous dirons que les éléments d'un droit sont l'objet, la cause, c'est-à-dire le fait juridique originedu droit, enfin les sujets. Par conséquent, la règle bis *de eadem re*

1. Bethmann Holweg. *Röm. Civilpr.*, 2, 494.

2. Loi 6, *De ex. r.*, j. 44. 2.

mettra obstacle à l'exercice d'une seconde action quand l'objet, la cause et les sujets seront dans la nouvelle action les mêmes que dans la première. Paul nous le dit dans les lois 12 et 14. *De exc. rei jud*, 44, 2.

« *Quum quæritur hæc exceptio noceat, necne, inspiciendum est an idem corpus sit... Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum ; que nisi omnia concurrunt, alia res est.* »

Nous allons étudier successivement les conditions exigées pour que l'exception *rei in iudicium deductæ* puisse être invoquée et fasse rejeter une seconde action.

§ 1. a. *Identité d'objet dans les actions réelles.*

Cette condition n'est pas, bien entendu, celle d'une identité absolue, qui exclut toute augmentation ou toute diminution dans l'objet de l'action. C'est ce que dit Ulpien, loi 14. pr., 44, 2. « *Idem corpus in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate vel quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta, sed pinguius pro communi utilitate accipitur.* » Pomponius nous donne l'exemple d'une différence entre l'objet des deux actions, différence qui ne contredit pas la condition de l'*idem corpus*. « *Si petiero gregem et vel aucto, vel minuto numero gregis, iterum eundem gregem petam, obstat mihi exceptio (1).*

D'autre part, si après avoir réclamé le tout, je réclame ensuite une partie de ce tout, l'exception me sera opposable, car ma seconde prétention est contenue dans la

. 1, Loi 21, § 1, eod. tit.

première action qui a été *deducta in judicium* ; *pars in toto est* dit Ulpien (1). « Et pourtant, dit M. Accarias, (2) de ce
« que le fonds n'est pas mien pour le tout, on ne peut pas
« absolument conclure que la propriété de telle quote
« part ou de telle région déterminée ne m'appartient pas.
« Mais si elle m'appartient effectivement, je n'ai pas pu
« agir pour le tout sans commettre une *plus petitio*, et par
« conséquent sans déduire *in judicium* le droit moindre
« que je veux faire valoir aujourd'hui. Ce droit est donc
« épuisé, quoique peut-être son existence n'ait rien d'in-
« compatible avec le jugement rendu. » Inversement, si
après avoir revendiqué une partie, je réclame le tout,
mon action sera repoussée; est-ce en vertu d'une règle ainsi
énoncée : *Totum in parte non est*, qui serait le renverse-
ment du principe *pars in toto*. Non, cette prétendue règle
n'existe pas, il n'y en a pas trace au Digeste. La véritable
raison pour laquelle mon action sera rejetée, c'est qu'elle
renferme une *plus petitio*, elle n'aurait dû être exercée
que pour le surplus, *de reliquo*. (3) Ulpien, dans la loi 7
§ 4 et 5 à notre titre, donne un exemple d'une seconde ac-
tion repoussée pour l'un ou l'autre des motifs énoncés.

« *Et ideosi hereditate petita singulas res petat, vel singulis*
« *rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*
« *Idem erit probandum, et si quis debitum petierit a debitore*
« *hereditario, deinde hereditatem petat : vel contra si ante he-*
« *reditatem petierit et postea debitum petat : nam et hic obs-*
« *tabit exceptio.* »

1. Loi 7, pr. eod. tit.

2. Précis de dr. R., tome 2, page 1264, note 1.

3. Gaius Com. 4, § 122.

Voici maintenant quelques applications de la règle : *Pars in toto est*. Si après avoir revendiqué un fonds de terre, j'en réclame une part divisée ou indivise, l'exception me sera opposable. (1). Si j'ai revendiqué en même temps Pamphile et Stichus et que j'aie succombé, je ne pourrai plus ensuite revendiquer Stichus seul. (2) De même une première action qui a porté sur l'ensemble d'un troupeau consommera mon droit d'agir à l'égard de chacun des animaux qui en font partie. (3) — La pétition d'hérédité, nous venons de le voir, fait obstacle à la revendication des objets qui la composent ; cette solution est, il est vrai, rattachée par la loi 3 à notre titre, à la fonction positive de l'exception, mais si nous nous reportons à la loi 7 § 5, nous voyons que la même solution est justifiée ainsi : « *Nam cum hereditatem peto et corpora et actiones omnes quæ in hereditate sunt videntur in petitionem deduci.* » Ce qui indique qu'elle était exacte aussi bien au point de vue de la chose jugée que de la théorie de la consommation de l'action. — Si après avoir succombé dans la revendication d'un fonds, je réclame l'usufruit de ce fonds, l'exception me sera-t-elle opposable ? Il faut distinguer avec Pomponius (loi 21, § 3, *eod*) suivant que dans la seconde action j'ai ou non invoqué la même cause d'acquisition que dans la revendication : Dans le premier cas, l'exception me sera opposable parce que l'usufruit étant une partie du droit de propriété, il a déjà été déduit *in iudicium*. Mais si après avoir succombé dans l'action

1. Loi 7, princ. *eod*.

2. L. 21, § 2. *Ibid*.

3. L. 21, § 1.

confessoire d'usufruit, j'acquiers la propriété, je pourrai exercer une nouvelle action pour faire reconnaître l'usufruit « *quoniam, postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis, quasi ex nova causa rursus meus esse cœpit.* »

Devons nous également considérer comme une application du même principe les hypothèses prévues dans la loi 7 pr. à partir des mots *Item si quis fundum...*? d'une façon plus précise faut-il dire que *l'exceptio rei in j. ded.* sera opposable à celui qui réclame les arbres coupés sur un domaine dont la propriété ne lui a pas été reconnue dans un précédent procès? La division en paragraphes de la loi 7 faite par les éditeurs du Digeste devrait conduire à une solution affirmative; en effet le mot *item* placé au commencement d'une proposition indique une affinité entre cette proposition et celle qui précède. Pourtant les espèces prévues à la fin du *principium* sont bien différentes de celles du commencement; l'objet de la seconde revendication n'est pas une fraction de l'objet de la première; le demandeur qui réclame des arbres coupés les envisage comme distincts du fonds et comme ayant une existence juridique propre. Au contraire ces cas sont bien semblables à ceux du § 1: *Si ancillam prægnantem.* C'est ce qui a déterminé M. de Savigny (1) à proposer une division nouvelle de la loi 7 et à rattacher la partie du texte; *Item si quis fundum...* à celle relative à *l'ancilla prægnans.* Le *principium* finirait donc aux mots: *nam nocebit exceptio*, et le § 1 commencerait par l'hypothèse: *item si quis...* « C'est là, dit M. de Savigny, un moyen qui

1. *Traité de dr. R.* (traduction Guénoux) tome 6. Appendice 16.

« appartient à la simple exégèse ; il diffère essentielle-
« ment d'une rectification du texte, car la division en
« paragraphes, telle qu'elle existe dans nos éditions, est
« l'œuvre des éditeurs, et ne fait nullement partie inté-
« grante des textes manuscrits. »

Nous admettons donc que toutes les espèces citées dans le paragraphe ainsi reconstitué sont régies comme le cas de *l'ancilla prægnans* par la fonction positive de l'exception, et nous examinerons plus loin les difficultés auxquelles elles ont donné lieu.

§ 1^b. *Identité d'objet dans les actions personnelles.*

L'intentio d'une action personnelle était *certa* ou *incerta*. Dans le premier cas elle déterminait l'objet et l'étendue de la demande ; elle était par exemple ainsi conçue : « *Si paret N^m N^m. A^o A^o. sestercium decem millia dare oportere.* » L'indication de cette quantité comprenait bien entendu toutes les quantités inférieures (Inst. IV 33) mais elle ne mettait pas obstacle à la demande de l'excédent pourvu qu'on attendit pour agir l'expiration de la préture (Gaius, 4, § 56). Dans le cas où plusieurs choses avaient été stipuléessous une alternative, il n'y avait qu'une obligation unique qui s'éteignait par le seul exercice que le créancier faisait de son action. (L. 112 pr. 45. 1).

L'intentio était au contraire *incerta* quand la précision de l'objet faisait défaut, ce qui avait lieu particulièrement dans les actions de bonne foi. Elle était alors conçue en ces termes : *quidquid paret. N^m. N^m. A. A. ob eam rem dare facere oportere.* » Comment dans ce cas détermi-

nera-t-on le montant de la *deductio in iudicium* et par suite la mesure dans laquelle le droit est consommé ? La cause du droit étant indiquée par la *demonstratio*, tous les droits nés de cette cause seront considérés comme exercés. Ainsi le créancier qui par l'exercice de l'action *depositi* (action de bonne foi) n'aura obtenu que le capital, ne pourra ensuite demander les intérêts parce que l'*intentio incerta* de l'action les comprenait, et qu'ils ont été déduits en justice. (1) Il est vrai qu'Ulpien semble dire le contraire dans la loi 23 à notre titre ; c'est qu'il se place dans l'hypothèse d'une action de droit strict, ainsi que le montre la suite du texte, *Si quis ex bonæ fidei...* Or nous savons que dans les actions *stricti juris* les intérêts n'étaient jamais dûs qu'autant qu'ils avaient été stipulés, c'est ce que constatent expressément plusieurs textes ; (2) ils donnaient alors lieu à une demande spéciale qui ne se confondait pas avec la demande du capital et qui ne pouvait être repoussée par l'exception *rei in j. ded.* Mais je le répète, il n'en était pas ainsi dans les actions de bonne foi où la condamnation pouvait comprendre les intérêts non stipulés, grâce à l'*officium iudicis*, c'est-à-dire à titre d'accessoire ; une seconde action aurait donc contrevenu à la règle *bis de eadem...* (3) Il est impossible d'admettre qu'Ulpien ait méconnu cette différence ainsi que semblerait pourtant l'indiquer le rapprochement fait dans la loi 23 par ces mots *Eadem erunt...* entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi. Le texte

1. Loi 4, Code. *Depos. vel. cont.* liv. 4, tit. 34.

2. L. 24, 19, 5. L. 22, 39, 5.

3. L. 49, § 1, 19, 1. Loi 13, C. 4, 32.

a dû être mutilé par les commissaires de Justinien ; et ce qui rend cette conjecture très probable, c'est qu'aucun rapport n'existe entre le commencement et la fin ; la loi 23 se termine en effet ainsi : « *nam nihilominus futuri temporis cedunt usuræ, quamdiu enim manet contractus bonæ fidei, current usuræ.* » c'est-à-dire que dans les actions de bonne foi les intérêts courent jusqu'au jugement.

Dans les *actiones incertæ* la formule *quidquid paret* pouvait avoir dans certains cas des inconvénients. Le droit n'était-il exigible que pour partie, le demandeur voulait-il ne pas l'exercer dès à présent en entier, l'action exercée n'en éteignait pas moins le droit tout entier, tandis que la condamnation ne le sanctionnait que partiellement. Il fallait que le demandeur eût la possibilité de restreindre la portée de son action ; le Prêteur la lui donna à l'aide d'une *præscriptio*, c'est-à-dire d'une clause placée en tête de la formule, qui permettait de concentrer l'action sur le point déterminé. Voici quelques exemples : J'ai stipulé des prestations périodiques qui doivent se continuer jusqu'à l'arrivée d'un terme incertain. Pour obtenir les prestations échues sans compromettre mon droit éventuel aux prestations futures, je ferai mettre en tête de la formule cette *præscriptio* : *Ea res agatur cujus rei dies fuit.* (1) De même si j'agis par l'action *ex empto* pour obtenir la mancipation d'un fonds, je devrai faire rédiger la *præscriptio* « *Ea res agatur de fundo mancipando* » pour empêcher que toute l'obligation résultant du contrat soit éteinte par la *litis contestatio* et pour pouvoir réclamer ensuite la tra-

1. Gaius. 4. 431.

dition. La loi 48 § 7, 21. 1, nous donne l'exemple d'une autre *præscriptio*. L'hypothèse est celle d'un acheteur qui intente l'action *redhibitoria*, mais qui, craignant d'échouer, veut se réserver le droit de renouveler son action si par la suite un autre vice se révèle ; il insérera dans la formule une *præscriptio* pour déterminer le vice à raison duquel il agit aujourd'hui.

§ 2 a. — *Identité de cause dans les actions réelles.*

La cause (*causa petendi*) est le fait juridique translatif ou constitutif du droit réel, la mancipation, l'usucapion, l'addition d'hérédité. La formule des actions réelles ne la contient pas, à la différence de celle des actions personnelles. Paul le dit, loi 14 § 2, D. 44, t. 2, et il en donne pour raison que si la même chose peut m'être due plusieurs fois, c'est-à-dire en vertu de diverses causes, une chose qui est ma propriété ne l'est nécessairement qu'une fois et en vertu d'une seule cause, « *neque enim amplius quam semel res mea esse potest ; sæpius autem deberi potest.* » proposition répétée dans la loi 159. D. *De regulis juris*. Ce motif ne nous satisfait pas ; s'il est vrai qu'on ne peut être deux fois propriétaire d'une même chose comme on en est deux fois créancier, « il ne s'en suit pas, dit M. Griolet (page 27) qu'on ne puisse se prétendre propriétaire à un titre ou à un autre, de même qu'on se dirait créancier pour une cause ou pour une autre. Deux faits juridiques ne peuvent pas être en même temps causes du même droit réel ; mais pourquoi ne

« pourrait-on pas prétendre que l'une ou l'autre de ces causes existe ? »

Ne pourrait-on pas alors restreindre l'action réelle au droit né d'une seule cause et se réserver ainsi la faculté de la renouveler en la fondant sur une autre cause ? Puchta l'a nié et a fait valoir en faveur de son opinion plusieurs arguments (1). Il a d'abord prétendu que la théorie adverse aurait pour résultat d'exposer le défendeur à être inquiété par des actions sans cesse reproduites, et a fait observer qu'il serait préférable d'accorder dans le cas de besoin urgent la *restitutio in integrum*. (Rhein Muséum vol. 2, p. 261, vol. 3, p. 483-485). A cette raison, il faut, je crois, répondre avec M. de Savigny (Append. 17, pag. 515, tome 6) que « le repos du défendeur n'est nullement compromis, car les frais de procédure dégoûteraient bientôt le demandeur d'intenter des actions toujours rejetées ; » et que, d'autre part, le recours à la *restitutio* a l'inconvénient d'aboutir à l'arbitraire, puisque les motifs en sont abandonnés à la libre appréciation du juge. Puchta ajoute que la réserve par le demandeur du droit d'intenter une nouvelle action était incompatible avec les formes de la procédure formulaire. L'insérait-on dans l'*intentio* ? l'action n'était plus l'action de la propriété mais une *in factum actio*. Il y aurait eu de plus différentes rédactions de la *petitoria formula* et l'on n'en retrouve aucune trace. (Puchta. Mus. 2, 263-267, t. 3, 474-477). Dira-t-on que la réserve était exprimée au moyen d'une *præscriptio* ? Mais les *præscriptiones* ne s'ac-

(1) Buchka die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss. V. 1. p. 145.

cordaient que pour satisfaire un besoin impérieux (Mus. II, 260, III, 471). Enfin, ajoute-t-on, Gaius ne cite des exemples de *præscriptiones* qu'au sujet des actions personnelles. Il est, je crois, facile de répondre à ces objections. Si à la formule : *Si paret Stichum Auli Agerii esse*, on ajoutait *ex causa mancipationis*, l'intention n'en restait pas moins *juris civilis*. D'autre part, rien ne prouve que l'usage des *præscriptiones* fût aussi restreint que le dit Puchta. Nous croyons au contraire qu'elles étaient accordées avec une certaine facilité si l'on en juge d'après le § 131 du Comm. IV de Gaius qui autorise l'acheteur agissant *ex empto* pour obtenir la mancipation de la chose, à se réserver le droit d'en demander plus tard la tradition. Gaius ne parle, il est vrai, de *præscriptiones pro actore* qu'à propos des actions personnelles, mais comme il ne donne que deux exemples, il est permis de croire qu'il n'a cité que les cas les plus usités.

Selon M. de Savigny la *causa expressa* était contenue dans une *præscriptio* (1). « Si l'on voulait restreindre, dit-il, l'action de la propriété au seul titre de la mancipation et ainsi se réserver d'invoquer l'usucapion dans une action nouvelle, on devait ajouter une *præscriptio* conçue en ces termes : *Ea res agatur de fundo mancipato*. Si l'action était rejetée et si plus tard on voulait exercer une action nouvelle en se fondant sur l'usucapion, une autre restriction devenait nécessaire ; sans cela on aurait pu invoquer tous les titres possibles d'acquisition, celui notamment de la mancipation, contre lequel le

(1) Bekker *Process. Consumpt.* p. 249.

« défendeur aurait eu l'exception de la chose jugée.
« Cette deuxième restriction pouvait s'exprimer d'une
« manière aussi précise que la première : *ea res agatur de*
« *fundo usucapto*. Mais cette seconde restriction pouvait
« s'exprimer en termes plus généraux et dès lors appli-
« cables à d'autres espèces de cas, c'est-à-dire : *ea res*
« *agatur de eadem alio modo*. » C'est ce qui semble résul-
ter de deux passages de Cicéron. Dans le premier, Cicé-
ron parlant du philosophe Zénon dit qu'il traitait le mê-
me sujet mais *alio modo* et il le compare à un demandeur
agissant pour la seconde fois mais invoquant d'autres
moyens. « *Quæ cum Zeno didicisset a nostris ut in actioni-*
« *bus præscribi solet, de eadem re egit alio modo*. » (*De fini-*
bus l. 5. Cap. 29). Dans une seconde lettre adressée au
jurisconsulte Servius, Cicéron se comparant à un plai-
deur dit qu'il reviendra souvent sur le même sujet en le
traitant d'une autre manière. « *Licet eodem exemplo sæ-*
« *quis tibi hujus generis litteras mittam... tamen non parcam*
« *operæ, et ut vos soletis in formulis sic ego in epistolis : de ea-*
« *dem re alio modo*. » (Ad. famil. l. 13. Epist. 27).

Enfin Puchta invoque en faveur de son opinion deux
textes. 1° La loi XI § 2, *de exc. rei jud.* « *Si quis autem*
« *petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit :*
« *si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet sum-*
« *moveri exceptione*. » Il entend par *causa* une *nova* ou *su-*
perveniens causa. (Mus. 2. p. 258). Mais alors, lui répon-
drons-nous, le § 2 et le § 4 de la loi XI voudraient dire la
même chose. Il est bien plus naturel de traduire ainsi la
fin du texte : Si j'avais fait une première demande
avec indication de tel titre d'acquisition, le rejet de mon

action ne m'empêcherait pas de présenter une nouvelle demande fondée sur une autre cause. »

Le second texte invoqué par Puchta est la loi 14 § 2, de *exc. rei jud.* ainsi conçue: « *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eadem mihi debeat, singulas obligationes singule causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitatur, at cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione apprehenduntur.* » D'après Puchta les expressions *non expressa causa* seraient synonymes de celles-ci : « *cum in his actionibus causa non exprimitur* ou bien *exprimi non possit.* » (Mus. 2 p. 269. III p. 481).

Cette interprétation me semble inexacte parce qu'elle aboutit à rendre inutile l'addition des mots indiqués. L'explication bien plus naturelle du texte est celle-ci : Quand le demandeur n'a pas indiqué la cause en vertu de laquelle il prétend être propriétaire, il sera repoussé par l'exception. D'où nous concluons par *a contrario*, que s'il a exprimé dans la première action la cause de son droit de propriété, le rejet de cette action ne l'empêchera pas de réclamer à nouveau la même chose en donnant à son droit une autre origine.

La différence signalée entre les actions personnelles et les actions réelles ne dérive donc pas de la nature des choses, elle signifie seulement que le plus souvent la cause ne sera pas exprimée dans les actions réelles à cause de son peu d'importance, l'origine d'un droit réel n'en changeant pas la nature ; mais rien n'empêchera le

demandeur ayant intérêt à se ménager une seconde action d'en faire expressément la réserve.

Il est bien entendu que si le demandeur invoquait une cause postérieure à la *litis contestatio*, la règle *bis de eadem re...* ne ferait pas obstacle à l'exercice d'une seconde revendication (Bekker, *Process. consumpt.*, p. 245). Ulpien le dit, loi XI, § 4, à notre titre : « *Si forte petiero hominem, vel fundum, mox alia causa nova post petitionem mihi ac- cesserit quæ mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio.* » De même, dans la loi 25 pr., nous trouvons un autre exemple d'une *causa superveniens* : l'hypothèse est celle d'une personne qui revendique une hérédité et succombe ; l'exception ne sera pas opposable à une seconde action fondée sur ce que depuis la première il est devenu héritier.

Plusieurs textes (1) nous disent que si le demandeur a perdu son procès parce que le défendeur ne possédait pas, il pourra intenter une seconde revendication le jour où le demandeur possédera, sans que l'*exceptio* puisse lui être opposée, et Ulpien en donne ce motif : « *Quia alia res est* » sans nous dire quel élément de la *res* fait défaut. Ce serait, selon Keller (2), la *causa* qui serait différente ; il y aurait dans le fait de la possession une *alia causa petendi*, une raison nouvelle pour le demandeur de s'adresser au défendeur et de lui demander compte de la violation de son droit. Avec le sens d'acte translatif de propriété que nous avons donné au mot *causa*, il est plus difficile d'ex-

1. Gaius, l. 17, *eod.* Ulpien, l. 18, *eod.* Venuleius, l. 8, 46, 8.

2. Keller, *Proc. civ.*, p. 335, note 856.

pliquer la décision des jurisconsultes romains ; le défaut d'identité portait peut-être sur la *conditio personarum*, le défendeur étant considéré, depuis qu'il possédait, comme ayant changé de personnalité.

§ 2^b. — *Identité de cause dans les actions personnelles.*

« *Singulas obligationes singulae causae sequuntur* », dit Paul, loi 14, § 2. Les obligations diffèrent entre elles suivant les causes qui leur ont donné naissance, par conséquent l'exercice de l'une ne mettra obstacle à l'exercice de l'autre qu'autant qu'il y aura entre elles identité de cause. Il semble donc qu'un élément aussi essentiel de l'obligation devra être indiqué dans la formule de toute action personnelle, et pourtant Gaius (Com. 4, § 136), après nous avoir fait connaître la *demonstratio* de la *condictio incerti*, ne nous indique pas celle de la *conditio certi*, mais seulement son *intentio* (Com. 4, § 39). Il en faut conclure, je crois, que la formule de la *condictio certi* comprenait tous les faits juridiques qui avaient pu lui donner naissance, le *mutuum*, la *stipulatio*, le contrat *litteris* et les cas de *datio sine causâ*. Cette conjecture trouve sa confirmation dans un passage du plaidoyer de Cicéron, *pro Roscio*, § 4 et 5. Cicéron voulant établir que son client ne devait pas la somme qu'on lui réclamait, commence par envisager les différentes sources d'où elle a pu naître si elle existe, et démontre que dans l'espèce aucune ne se rencontre. « N'en faut-il pas conclure, dit M. Griollet (page 30), que l'action comprenait et consommait tout droit né d'une de ces causes ? »

Il pouvait cependant arriver qu'une cause déterminée fût désignée dans la formule de la *condictio certi* : quand le demandeur à qui une chose est due en vertu d'une stipulation, par exemple, veut se réserver la faculté de réclamer ultérieurement cette chose en vertu d'une autre cause, d'un testament (1).

Au contraire, les actions tendant à un *incertum* exprimaient toujours la cause de l'obligation ; Gaius nous en donne plusieurs exemples : « *Quod A. A. de N. N. incertum stipulatus est.* C. IV, § 136. *Quod A. A. de N. N. hominem Erote[m] emit.* C. IV, § 58. *Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit.* » C. IV, § 47.

Dans les actions *in factum*, il n'y a de déduit *in iudicium* que le fait précisé dans l'*intentio* ; le demandeur pourra agir plus tard à raison d'un autre fait même si la seconde action est fondée sur la même obligation que la première. Ulpien nous en fournit la preuve, L. 31, § 16 XXI, 1 : « *Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum... et quidem sapius agi posse quanto minoris dubium non est.*

Nous trouvons, il est vrai, l. 48, § 7, 21, 1, un texte de Pomponius d'où l'on peut conclure qu'une *præscriptio* était nécessaire pour pouvoir agir plus tard à raison d'un autre fait ; l'hypothèse est celle d'un acheteur qui intente l'action redhibitoire *de sanitate* et qui voudrait se réserver le droit d'agir à nouveau si un autre vice se faisait connaître ; *permittendum est de uno vitio agere et prædicere*, dit le jurisconsulte. Je crois qu'ici la *prædictio* n'est pas

1. Gaius, *Com.* 4, § 53. — Julien, L. 18, 44. 7. Beßmann-Hollweg *Röm. civilpr.*, 2, p. 500.

destinée à empêcher l'application de la règle *bis de eadem*... mais à permettre au demandeur de repousser la présomption de connaissance du vice qu'on pourrait lui opposer si après avoir échoué dans l'action redhibitoire, il agit plus tard par l'action *quantum minoris*. (Keller *Litis-Cont.*, page. 529, note 3.),

Le défaut d'identité de cause mettait également obstacle à ce que l'action de *pecunia constituta* consommât l'action dérivant de l'obligation primitive, c'est du moins ce que décidait Ulpien, L. 18, § 3, 13, 5, « *Solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione: quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.* »

C'est au contraire parce que la même cause donnait naissance aux actions *tutela directa* et *dedistrahendis rationibus*, que l'exercice de l'une mettait obstacle à ce que l'autre soit intentée (1). « *In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat* » dit Ulpien L. 1, § 21, 27, 3.

Cette condition d'identité de cause avait une plus grande importance encore dans les actions nées *ex delicto*. Un fait délictuel peut engendrer plusieurs actions ; prenons pour exemple l'hypothèse de la loi 34, pr., liv. 44, tit. VII : Une personne frappe injurieusement l'esclave d'autrui ; de ce fait naissent à la fois l'action *legis Aquilæ* et l'action *injuriarum*, c'est que chacune a sa cause distincte, la première le dommage matériel, la seconde l'intention injurieuse. Je ne m'occupe pas, bien entendu, de la question de savoir si celui qui est investi de ces deux actions peut

1. Bekker *Process. Cms.* pag. 238.

en cumuler le bénéfice, je dis seulement que la règle *bis de eadem*... ne mettra pas obstacle à l'exercice de l'une après l'autre.

§ 3. *Identité de personnes.*

L'exception *rei in j. d.* ne peut-être opposée qu'autant que les mêmes parties sont en cause dans les deux instances. Paul exige qu'il y ait *eadem conditio personarum*, (loi 4 pr.) indiquant par cette expression que l'identité de personnes ne peut s'entendre que de l'identité juridique. Un texte de Julien, la loi 25, §, 2, à notre titre, nous montre en effet que c'est à la qualité prise par le demandeur qu'il faut avoir égard pour accorder ou non l'exception au défendeur. L'hypothèse est celle d'une personne qui, en qualité de gérant d'affaires, revendique un fonds de terre appartenant à autrui ; le *dominus* refuse de ratifier le résultat du procès et lui donne mandat d'exercer la même action, l'exception ne pourra lui être opposée, car, continue Julien, *alia res facta est interveniente mandatu*.

Inversement, la condition de l'identité de personnes pourra être remplie, même quand deux personnes physiquement différentes seront en présence dans le second procès ; ainsi l'exception passera activement et passivement aux héritiers du défendeur et du demandeur au premier procès ; c'est une conséquence de la règle qu'ils succèdent à tous les droits et à toutes les obligations de leur auteur. La même règle s'applique aux ayants cause à titre particulier (Papinien, loi 28 eod.) et cette expression

désigne bien entendu ceux-là seuls qui ont acquis leurs droits après le litige. Empruntons un exemple à la loi XI § 10 *eod.* : Une personne constitue à un créancier une hypothèque sur un bien qu'elle prétend lui appartenir, puis le constituant succombe dans la revendication de ce bien, la règle *bis de eadem*... sera-t-elle opposable au créancier quand il voudra exercer contre le possesseur l'action quasi-Servienne? *Distinguendum erit*, dit Ulpien, *quando pignori dedit Titius.* » Non, si l'hypothèque a été constituée avant que l'action en revendication soit intentée, le créancier est dans ce cas un tiers, il s'appuiera pour agir sur la règle *res inter alios acta* ; oui, dans le cas contraire.

Les textes nous présentent également des cas où l'exception est invoquée par les ayant cause du défendeur ; Ulpien, loi 9, § 2, nous dit qu'elle passait de la personne du vendeur à celle de l'acheteur, et du défendeur à l'action en revendication à celui qui a acquis la possession de la chose. Loi XI, § 3. *eod.*

Au temps des *legis actiones*, nul ne pouvait figurer dans un procès au nom d'autrui ; on le pouvait au contraire à l'époque formulaire *veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio* (Gaius, Comm. IV, § 82). Supposons d'abord que ce soit le demandeur qui se fasse représenter ; il ne le put d'abord qu'à condition d'exprimer sa volonté en termes solennels et en présence des parties intéressées. (Gaius, IV, 83). Son mandataire était alors un *cognitor* ; plus tard cette constitution eut lieu sans aucune forme et le mandataire s'appella *procurator*. Mais que la personne qui plaidait pour autrui fut un *cognitor* ou un *procurator*, elle était partie au procès, c'est elle qui devenait créancière

de l'obligation engendrée par la *litis contestatio* ; la *condemnatio* la désignait, mais non *l'intentio*, ce qui montre bien qu'elle ne consommait pas le droit d'agir du *dominus* de la même façon que si ce dernier eût plaidé en personne. (1) Le mandant pourra donc agir à nouveau, mais le Préteur accordera contre lui une exception de dol sous la forme de *l'exceptio rei in j. d.* Ceci suppose, bien entendu, que le mandat est certain, car le droit d'agir du demandeur ne peut être consommé à son insu ou contre son gré (2). Si donc les rapports entre le mandataire et le *dominus* se sont établis dans des formes qui les rendent indéniables, le Préteur n'hésitera pas à accorder l'exception ; c'est ce qui a fait dire que le *cognitor* pouvait déduire *in judicium* le droit du représenté (Gaius, 4, 98). Sans doute le résultat obtenu était équivalent au plein épuisement du droit, mais ce fut une conséquence du droit prétorien et non du droit civil. S'il s'agit au contraire d'un *procurator*, il n'apparaîtra pas aussi évidemment qu'il a reçu mandat d'agir ; c'est pourquoi le défendeur lui demande de le prémunir par la *cautio de rato* contre une demande nouvelle. Que le *dominus* exerce ensuite l'action, le magistrat examinera s'il y a lieu d'accorder contre elle une exception (3) ; c'est ce qui arrivera, dit M. Labbé (loc. cit. page 882) : « Si le *procurator* a été institué par le *dominus* présent, c'est-à-dire en face de l'adversaire, devant le magistrat qui en a fait dresser acte, ou si le *dominus* absent a envoyé une lettre missive à l'adversaire lui désignant le *procurator* qu'il se substi-

1. M. Labbé. Appendice 9. 2^e vol. Ortolan.

2. Ulpien, l. 27, pr. 3, 3.

3. L. XI § 7. Ulpien.

« tue, promettant de ratifier les actes de son *procurator* et « que la vérité de cette lettre soit reconnue. » La *cautio de rato* devient alors plus rare, elle n'est exigée que quand le mandat est douteux. (Papinien *Fragm. Vatic* 333).

La règle *nemo alieno nomine...* s'appliquait également aux tuteurs et aux curateurs, et bien qu'il leur fût possible à l'époque formulaire de plaider pour ceux dont les intérêts leur étaient confiés, les effets du procès n'en continuèrent pas moins à se produire en leur personne ; à quelque époque du droit Romain qu'on se place, je ne crois pas qu'on puisse dire que l'exercice de l'action par les tuteurs et curateurs consommât *ipso jure* le droit du pupille. Gaius (*Com.* 4, § 75) rapporte que l'Edit perpétuel leur imposait l'obligation de fournir la *cautio de rato*, c'est donc que le défendeur avait à craindre du pupille devenu majeur le renouvellement de l'action. Mais comme il est équitable que cette action n'aboutisse pas, le Préteur accordera pour la combattre une exception de dol, ou même l'exception *rei in j. d.* Dès lors, l'usage s'établit de faire remise aux tuteurs et curateurs de la *cautio de rato* ; (Gaius, 4, 99) ; au temps d'Ulpien elle n'est plus exigée d'eux que s'il y a des raisons spéciales de douter de leur qualité (*L.* 23, 26, 7).

Le défendeur pouvait également être, même à son insu, représenté au procès. De même, en effet, qu'il est permis aux tiers d'éteindre la dette d'autrui par un paiement, de même un tiers peut accomplir la *litis contestatio* avec le créancier ; pour améliorer la condition du débiteur, il n'est pas besoin de son consentement (Gaius *L.*, 39, 3, 5). L'action du créancier contre le véritable débiteur ne sera

pas, il est vrai, éteinte *ipso jure*, même si le représentant est un *cognitor* ou un *procurator*, toutefois le résultat obtenu sera équivalent par suite du moyen qu'avait le défendeur de faire échouer l'action, en opposant à son adversaire l'exception de dol sous forme de l'exception *rei in j. d.* On pourrait alors dire avec Ulpien (l. 1, § 7, cod) *Adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit.* Le demandeur était donc dépouillé du droit d'agir contre le véritable obligé ; comme compensation le Préteur lui accordait le droit d'obtenir du représentant la *cautio judicatum solvi* ; les Institutes nous disent en effet, § 1, liv. 4 tit. XI : *Nemo defensor in aliena re sine satisfactione idoneus esse creditur.*

En principe les copropriétaires d'une chose indivise ne peuvent exercer une action que *pro parte*, les effets de la *litis contestatio* se restreignent alors à ceux qui ont été parties au procès (L. 9. 40. 12) ; le droit des autres restait intact, car la condition d'identité de personnes faisait défaut. (Bethmann-Holweg, *Röm civilpr.* 2. p. 509). Dans certains cas il est fait néanmoins exception à cette règle ; chacun des copropriétaires pourra alors agir ou être poursuivi *in solidum*, et l'exercice de l'action par un seul consommera le droit de tous (L. 19. 8. 5). Citons comme exemple les servitudes prédiales. Quand un copropriétaire plaide avec un voisin sur l'existence ou sur la non existence d'une servitude prédiale, il doit intenter l'action pour le tout, *unicuique in solidum competit actio*, dit Ulpien, loi 4 § 3 liv. 8. t. 5. Si en effet l'usufruit peut appartenir à une part indivise, il n'en est pas de même des servitudes prédiales dont le titulaire ne peut être

que le fonds tout entier ; il n'est pas possible à un copropriétaire de prétendre à un droit de passage, par exemple, au profit de sa moitié indivise. La condition de l'identité de personnes fera donc défaut ; la meilleure explication qu'on en puisse donner, c'est que « l'indivisibilité de l'objet, a, en quelque sorte, rendu le sujet lui-même indivisible » (M. Griolet, page 39).

Nous savons qu'à l'époque classique dès qu'il y avait *litis contestatio* sur la demande judiciaire formée par l'un des *correi stipulandi* ou contre l'un des *correi promittendi*, les autres créanciers étaient dépouillés du droit d'exercer une nouvelle action, (Gaius, L. 16. 45. 2) et les autres débiteurs ne pouvaient plus être poursuivis (Javolenus, L. 2. 45. 2). Ici encore nous rencontrons une dérogation au principe que l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne s'étend pas aux personnes qui n'ont point été engagées dans le débat. Plusieurs explications ont été fournies de cette particularité. D'après le jurisculte allemand Vangerow(1), l'obligation corréale ne ferait pas naître dès le moment du contrat autant de créances qu'il y a de débiteurs, mais donnerait lieu à une créance unique dont le sujet passif serait déterminé par l'exercice de l'action. Je me contenterai de faire remarquer que cette opinion ne peut s'appuyer sur les textes (2) et qu'elle est inconciliable avec le § 16 Sent. Paul, L. 2. t. 17, ainsi conçu : *Electo reo principali fidejussor vel heres ejus liberatur*. Si celui qui échappe à la poursuite est libéré, c'est qu'il était auparavant tenu.

1. *Lehrbuch der Pandekten*, § 573. 1.

2. M. Gérardin, *Etude sur la solidarité. Nouvelle revue historique*, année 84. M. Machelard. *Dissert de dr. r.* pag. 176.

Un autre auteur allemand Brinz (Pand. § 253, notes 34 et suiv.) a soutenu que les *correi* se représentaient réciproquement et que le débiteur poursuivi plaide en réalité *suo et alieno nomine* ; mais les textes n'offrent aucun appui à cette opinion ; du reste la représentation en justice étant restée étrangère au droit civil, l'effet de la *litis contestatio* n'aurait pu dans l'opinion que je combats être opposé qu'*exceptionis ope*, ce qui est inexact.

L'explication de l'effet libératoire de la *litis contestatio* dans les obligations corréales doit être cherchée à mon avis, dans la nature de cette espèce d'obligations dont le caractère propre est d'avoir plusieurs sujets et un seul objet. (1) Cette unité d'objet était une condition essentielle, c'est elle qui rendait une l'obligation quel que soit le nombre des contractants. (L. 2. 45. 2). Or, la *litis contestatio* s'adressait avant tout à l'objet de l'obligation ; les textes la mettaient sur la même ligne que le paiement et l'acceptilation qui atteignent l'obligation dans son existence ; (L. 2 et 3 § 1. 45. 2) son effet ne pouvait donc être purement individuel.

Ce que nous venons de dire de l'obligation corréale, s'applique également à l'*adpromissio*. Le débiteur principal et la caution étaient, comme les débiteurs solidaires, *duo rei ejusdem obligationis*. (116, 45, 1), et les effets de la *litis contestatio* s'étendaient du demandeur aux autres créanciers et du défendeur aux autres *adpromissores*. (L. 21 § 4 a not. titre. L. 7, 27, 7). C'est pour échapper à cette influence qu'on imagina de modifier la *res* en recourant

1. Ihering, *Geist des röm. Rechts*, III p. 146. Keller, *Civilpr.* trad., Capmas, p. 336, note 859.

d'abord à la *fidejussio indemnitas*, puis au *mandatum pecuniæ credendæ*, enfin au pacte de constitut, jusqu'au jour ou Justinien (L. 28, C. 8, 41) décida que le créancier conserverait son droit intact jusqu'à parfait paiement.

Mais comment allons-nous expliquer le texte de Julien (L. 18 § 1, *de admin. et peric. tut.* 26, 7). « *Ex duobus tutoribus, si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur.* » et cet autre d'Ulpien (L. 1, § 43. *Depositi*, XVI, 3) « *Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur ; non enim electione, sed solutione liberantur.* » Dans ces deux cas la *litis contestatio* intervenue avec un seul des débiteurs ne libère point les autres. La raison doit en être cherchée dans une distinction entre l'obligation corréale et l'obligation *in solidum* (1). La corréalité a sa source dans la volonté des parties ; les contractants ont imprimé au rapport juridique un caractère d'unité qui fait que la poursuite exercée contre l'un libère les autres. « La base de la responsabilité collective, dit M. Gérardin, (1) est une faute commune, une imprudence ou une négligence imputable à tous : chacun doit l'indemnité à raison de sa faute. Il existe autant de sources d'obligations qu'il y a de fautes ; l'obligation de chacun à sa cause qui lui est propre. La personne lésée a autant de créances et d'actions qu'elle a de personnes obligées. Seulement, comme il n'y a eu qu'un dommage causé, un préjudice éprouvé, le créancier, dès qu'il est rendu indemne par le paiement

1. M. Labbé sur Ortolan. Appendice 4, liv. 3.

2. *Etude sur la solidarité. Nouvelle revue historique*, année 1883, page 398.

de l'un de ses débiteurs, ou dès qu'il se tient pour satisfait ne peut plus rien réclamer à personne. » Reprenons l'exemple de nos textes : chacun des tuteurs est en faute parce que *rem pupillis salcam non fecit*, et chacun des dépositaires parce qu'il a détérioré ou détruit la chose déposée. Quand bien même l'objet de chacune de ces créances serait matériellement le même parce que la faute présente pour tous la même gravité, juridiquement l'objet est distinct. Tous les débiteurs doivent *totidem*, ils ne doivent pas *idem* (Gide, *Novat.* p. 139, note 1). La conséquence que j'en tire, c'est que la *litis contestatio* intervenue avec l'un des débiteurs dont nous venons de parler ne libérera point les autres; c'était également la conclusion de Julien et d'Ulpien.

SECTION V

Domaine spécial de l'*exceptio rei in judic. ded.*

Nous venons de voir que l'un des moyens de faire respecter la règle *bis de eadem re...* avait d'abord été l'exception *rei in j. d.* ; c'est l'effet de la *litis contestatio* que le défendeur demandait au magistrat de faire respecter. Mais, comme nous avons pu déjà le remarquer, une autre exception nous est présentée par Gaius (*Com.* 3, 180. IV, 106, 107), comme jouant le même rôle que l'exception *rei in j. d.*, c'est l'exception *rei judicatæ*. Je crois que l'introduction de ce nouveau moyen de défense fut le premier pas fait par le droit prétorien dans la voie nouvelle qui

devait le conduire à considérer l'irrévocabilité de la sentence comme le principe essentiel. Le magistrat ne songeait peut-être pas encore à faire respecter les effets du jugement ; la logique l'amenait déjà à y attacher sa protection, et à sanctionner dans la mesure du possible le résultat voulu de toute instance. Quoi qu'il en soit, les exceptions *rei in judic. ded.*, et *rei judicatae* coexistèrent avec une destination identique : mettre obstacle au renouvellement de la même action. Je crois en effet que dans beaucoup de cas on pouvait se servir indifféremment de l'une ou de l'autre exception, (1) car si le jugement sur lequel se fonde l'*exceptio rei judicatae* crée un nouveau rapport juridique prenant la place de l'obligation née de la *litis contestatio*, il n'efface pas le fait de la *deductio in iudicium* qui reste toujours vrai. (Accarias, *Précis*, tome 2, n° 913).

Mais supposons que la première action n'ait point été jugée et que le demandeur ait eu néanmoins besoin de faire respecter la règle *bis de eadem re...* ; sa seule ressource était d'invoquer l'effet de la *litis contestatio*.

Il faut supposer l'une des hypothèses suivantes. 1° L'instance étant pendante, le demandeur sans attendre la décision introduit la même action devant un autre juge. Le défendeur fera insérer dans la formule de cette nouvelle action l'*exceptio rei in j. d.* par laquelle il sera ordonné au juge de rechercher si le même droit n'a pas déjà été déduit *in iudicium*.

2° A Rome, les *judicia* se périmaient s'ils étaient *legitima* par un délai de dix-huit mois, en vertu de la loi *Julia judiciaria* ; s'ils étaient *imperio continentia* par

1. Keller, *Civilpr.* § 71, trad. Capmas, p. 327, note 845. Contrà Savigny, VI, page 209.

l'expiration des pouvoirs du magistrat qui les avait ordonnés (Gaius. *Com.* 4, 104, 105), c'est-à-dire au bout d'un an puisque les magistratures romaines étaient annales. Or l'effet de la péremption d'instance était non-seulement l'anéantissement de la procédure mais encore la perte pour le demandeur de son droit d'action. S'il essayait de le faire à nouveau valoir, le défendeur lui opposait *l'exceptio rei in j. d.*

3° Quand au cours d'un procès le demandeur se désistait, c'était encore l'exception *rei in j. d.* qu'employait le défendeur pour repousser toute velleité de nouvelle attaque. (L. 4 C. liv. 2. t. 3).

4° Anciennement, l'insertion en tête de la formule d'un *præjudicium* avait pour but d'avertir le juge qu'avant d'examiner *l'intentio*, une question préjudicielle était à trancher *de re majori*, une question de principe en quelque sorte dont la solution favorable au défendeur aurait pour conséquence le rejet de l'action et le dessaisissement du juge. Le demandeur revendique par exemple des objets particuliers en vertu de sa qualité d'héritier. Si le défendeur veut contester cette qualité, il opposera à la revendication un *præjudicium* ainsi conçu : « *Ea res agatur si in ea re præjudicium hereditati non fiat.* » (Gaius, IV, § 133) ; et l'action sera réputée non avenue où suivra son cours selon que le *præjudicium* aura été jugé ou non, fondé. Au premier cas, le droit allégué dans *l'intentio* ne sera pas, me semble-t-il, déduit *in judicium* et le demandeur n'aura pas à craindre *l'exceptio rei in j. d.* le jour où, le *præjudicium* ayant reçu une solution, il reproduira sa demande. Si en effet les *præscriptiones a parte actoris* ont

pour résultat de limiter la *deductio in iudicium*, c'est qu'elles restreignent l'étendue de la question que pourrait comporter la formule. Or la même portée doit être attachée au *præjudicium* qui lui aussi dérobe à l'examen du juge la question contenue dans l'*intentio*. L'analogie entre les deux espèces de *præscriptiones* s'accuse encore dans leur rédaction identique *Ea res agatur... si.* » Quelle a été à ce point de vue l'influence de la transformation des *præjudicia* en exceptions. Je ne crois pas qu'ils changèrent de nature ou d'effets, et j'estime que la preuve faite par le défendeur de l'exactitude de son *præjudicium* n'entraîna pas plus qu'auparavant l'épuisement du droit de son adversaire. La loi 16, D. 44, 1. nous indique que le *præjudicium* devait être examiné avant l'*intentio* et la loi 5, C. VIII, 14 que la sentence du juge ne mettait pas obstacle à un procès au fond quand le demandeur n'avait été battu que sur le *præjudicium*.

Une autre *præscriptio* était la *præscriptio fori* qui tendait à faire écarter l'action comme délivrée par un magistrat incompétent *ratione personæ* ; le juge qui la reconnaissait exacte ne pouvait prononcer ni condamnation ni absolution ; la prétention du demandeur devait être considérée comme n'ayant pas été déduite en justice, rien par conséquent ne pouvait s'opposer à ce qu'elle fût représentée devant le magistrat compétent. Keller est cependant d'avis contraire (*Procéd. civ.* page 192) : « La formule, dit-il, n'a pas moins été établie et délivrée pour l'action toute entière et ainsi se trouve accompli l'acte qui tient lieu de l'accomplissement de la *legis actio*, fondamentement primitif de la *consumptio*. » Mais ne peut-on pas

répondre que la délivrance de la formule n'avait alors lieu qu'à titre conditionnel et que l'arrivée de la condition la faisait considérer comme non avenue ?

Citons enfin comme exemple de *præscriptiones pro reo*, les *præscriptiones temporis*, c'est-à-dire celles qui sont fondées sur ce que le délai donné pour agir est expiré, et demandons-nous si en cas de solution affirmative, elles épuisaient le droit du demandeur ? Il est probable que non ; nous trouvons en ce sens un passage de Quintilien (Inst. Or. 7, 5), ainsi conçu : « *Quum ex præscriptione lis pendet, de ipsa re quæri non est necesse* » d'où nous concluons que si le juge doit s'abstenir c'est qu'il n'y a pas *deductio in iudicium*. Seulement, le résultat pratique était le même que si le droit était éteint par suite de la *litis contestatio*. En effet la possibilité d'opposer une nouvelle *præscriptio* à l'action du demandeur empêchait que son droit fût jamais examiné. La conversion des *præscriptiones a parte rei* en exceptions accentue encore le rapprochement qu'on peut faire entre leurs effets et ceux de l'*exceptio rei in j. d.* ; l'une et l'autre entraînent l'absolution du défendeur (loi 9 C. 7. 33) qui peut les employer indifféremment pour repousser une nouvelle action.

Nous venons d'examiner le cas où une première instance ne s'étant pas terminée par un jugement, l'*exceptio rei in j. d.* était seule à s'appliquer ; il en est d'autres où il n'y avait également place que pour elle, postérieure à la sentence. Il faut supposer que le premier jugement est nul, que le demandeur a commis une *plus petitio*, qu'il a passé outre à une exception dilatoire élevée par le défendeur (Gaius, 4. 123) ou qu'ayant omis de limiter par

une *præscriptio* la portée de son droit, il veut réclamer dans une seconde action ce que ne lui a pas donné la première.

Ainsi donc le défendeur a été absous parce que le demandeur a commis dans *l'intentio* une erreur en demandant plus que ce qui lui est dû. Cette *plus petitio* entraîne la déchéance du droit porté en justice sans qu'aucune condamnation soit obtenue, car le juge qui ne peut trancher que par oui ou par non la question posée : *si paret decem dare oportere*, y répondra par une absolution du défendeur si neuf seulement sont dus. La *plus petitio* entraînera de plus cette seconde conséquence qu'une nouvelle action sera impossible, car les effets de la *litis contestatio* se sont attachés à la première. Si donc une formule rectifiée est obtenue du magistrat, le défendeur en repoussera les conclusions non par l'exception *rei judicatæ* puisque le premier jugement n'a pas statué au fond, mais par *l'exceptio rei in. j. d.* fondée sur l'épuisement du droit par une première action.

Le demandeur qui a à craindre de se voir opposer une exception dilatoire fera bien de ne point passer outre, autrement son action n'aboutirait pas et même ne pourrait plus tard être renouvelée. Il a été convenu par exemple entre le créancier et le débiteur, dans un pacte postérieur au contrat, que la somme due ne pourrait être réclamée avant cinq années ; si le créancier n'a pas soin de différer son action jusqu'à l'expiration du délai, le débiteur lui opposera l'exception dilatoire *pacti conventi ad tempus*. (Gaius. IV. 422). De même si le demandeur agit par mandataire et que le défendeur lui oppose qu'il est incapable de se faire

représenter en justice ou que le représentant lui-même est incapable de plaider au nom d'autrui, il sera prudent pour le demandeur de venir plaider lui-même ou de changer de mandataire (Gaius IV. 124) s'il veut éviter l'exception *cognitoria* et les conséquences de sa réussite. Si en effet les exceptions dilatoires *ex tempore* ou *ex persona* sont reconnues fondées, le défendeur sera d'abord absous, puis, si le demandeur s'avise de renouveler son action, il sera repoussé par l'exception *rei in j. d.*, car son droit a été consommé par la *litis contestatio* de la première instance (Gaius, IV, 123).

Il semble qu'au cas où le défendeur aura été condamné, le demandeur ne pourra plus raisonnablement songer à exercer contre lui la même action. Ceci est vrai en règle générale ; mais supposons que l'action déjà exercée étant *incerta*, le demandeur n'a pas fait insérer dans la formule une *præscriptio* pour en limiter la portée ; la condamnation prononcée ne contiendra qu'une sanction partielle du droit et créera ainsi au demandeur un intérêt à former une nouvelle demande. Voici quelques hypothèses. Une personne a stipulé une somme d'argent pour chaque année ou pour chaque mois ; après quelques années ou quelques mois elle veut agir pour ce qui lui est dû, mais elle n'a pas la précaution de faire adapter à son action cette *præscriptio* : *Ea res agatur cujus rei dies fuit*. La condamnation prononcée ne contiendra qu'une sanction partielle du droit, mais l'obligation entière a été déduite dans l'instance, même pour la partie qui se rapporte aux années futures, car *stipulatio in singulos annos una est et « incerta et perpetua* (Pomponius. l. 16, § 1, 45, 1). Tout

le droit sera donc épuisé, et une demande ultérieure se heurterait à l'*exceptio rei in. j. d.* et non pas à l'*exceptio rei judicatae*, puisque la question soulevée n'a été ni tranchée ni même examinée par le juge. (Gaius, IV. 131). De même, si j'agis par l'action *ex empto* pour obtenir la *mancipation* d'un fonds, et que je veuille me réserver le droit d'en demander plus tard la tradition, je devrai rédiger une *præscriptio* en ces termes : *Ea res agatur de fundo mancipando*. Si je l'ometts, l'*intentio incerta* de mon action comprendra toutes les obligations qui résultent de la vente, la *litis-contestatio* les aura épuisées, de telle sorte que si j'agis ensuite pour obtenir la *vacua possessio*, l'*exceptio rei in. j. d.* me sera opposée (Gaius IV. 131).

L'étendue de son droit peut-être ignorée du demandeur. Prenons par exemple l'hypothèse de la loi 20. 44. 2. Un légataire croit qu'il ne lui a été légué que *mensas*, et il agit par l'action *ex testamento* pour les réclamer ; plus tard il découvre la véritable étendue du legs qui comprend *totum argentum*. S'il intente une nouvelle action l'exception *rei in j. d.* lui sera-t-elle opposable ? Evidemment oui dans le droit classique, par ce que l'*intentio* de l'*actio ex testamento* est *incerta*. Seulement comme l'ignorance du demandeur est excusable, le Préteur lui accordera la *replicatio doli* en réponse à l'exception *rei in j. d.* C'est le résultat définitif que Justinien a voulu consacrer par ces mots interpolés dans la loi 20 : « *nec obstaturam ei exceptio-*
« *nem quod non sit petatum, quod nec actor petere putasset, nec*
« *judex in judicio sensisset.* » Je prétends donc qu'à l'époque de Pomponius l'auteur de la loi 20, c'était l'*exceptio rei in j. d.* qui paralysait la nouvelle action et non l'*exceptio rei ju-*

dicatæ, puisque dans le premier procès le juge ne s'est pas occupé de la demande qu'on veut aujourd'hui lui soumettre. Il y a pourtant des textes qui dans des cas analogues accordent *l'exceptio rei judicatæ*. D'abord la loi 46 § 5, 26, 7, de Paul, dans le cas où un pupille n'ayant pu obtenir de son ex-tuteur tout ce qu'il pouvait exiger parceque sur le livre de comptes, base de la condamnation, des débiteurs étaient omis, voulait agir à nouveau pour réclamer les créances qu'il avait découvertes ; dans ce cas, dis-je, la loi 46 donne au tuteur *l'exceptio rei judicatæ*. La loi 4 C. liv. 4, tit. 34, nous dit également que ce sera *l'exceptio rei judicatæ* qu'opposera le défendeur à la réclamation d'intérêts suivant la demande du capital. Ces antimonies apparentes n'ont pas lieu de nous étonner. Les compilateurs de Justinien ont agi de même toutes les fois qu'ils rencontraient *l'exceptio rei in j. d.* ; ils l'ont remplacée par *l'exceptio rei judicatæ*. Nous verrons plus loin qu'il eut mieux valu supprimer les textes que nous venons d'analyser.

Enfin il existera une autre hypothèse, assez rare, il faut le reconnaître, où le défendeur condamné opposera *l'exceptio rei in j. d.* à une seconde action du demandeur, c'est quand il sera rentré postérieurement en possession. Il n'y aura pas encore ici place pour *l'exceptio rei judicatæ* car le défendeur n'ira pas alléguer un jugement qui lui est absolument contraire.

CHAPITRE II

SECTION I

Naissance et développement de l'exception rei judicatæ
dans sa deuxième forme.

Nous venons de voir que dans le droit romain primitif, la même prétention ne pouvait être qu'une fois présentée en justice, et que le renouvellement de l'action était empêché soit *ipso jure*, soit par des moyens prétoriens appelés exceptions. Nous avons vu également que l'*exceptio rei in j. d.* d'abord seule employée avait fait peu à peu place à l'*exceptio rei judicatæ* qui lui avait fait perdre beaucoup de son importance en restreignant son domaine propre d'application. Nous allons maintenant montrer que ces divers moyens ne remplissaient qu'imparfaitement leur but et qu'ils ne remédiaient pas suffisamment à la multiplication des procès. Supposons, en effet, que le demandeur en revendication ait par le *jussus* du juge obtenu la restitution de la chose, il n'en était pas moins exposé à la revendication du défendeur vaincu et ne pouvait lui opposer l'exception, car celui-ci n'avait pas consommé son droit d'action, ils s'en servaient aujourd'hui pour la première fois (1). Il est vrai que dans l'*actio sacramenti*, la vindi-

1. Savigny, tome 6, page 433.

catio réciproque éteignait l'action des deux parties ; en effet, le demandeur y prononçait cette formule : *quando negas ego sacramento te provoco* et le défendeur répliquait par une formule équivalente. Mais sous le système formulaire l'effet extinctif de l'instance n'atteignait que les prétentions du demandeur, il était seul à avoir déduit son droit en justice parce que seul il avait affirmé dans *l'intentio* son droit de propriété. Les prétentions du défendeur restant intactes, il pouvait les faire valoir sans crainte de *l'exceptio rei in j. d.* Un second jugement intervenait en contradiction peut-être avec le premier. — Il pouvait également arriver que le demandeur triomphant perdît la possession de la chose qu'il avait utilement revendiquée une première fois et que cette possession passât précisément entre les mains de l'ancien défendeur. Le demandeur injustement privé de son bien ne pouvait plus le réclamer parce que son droit d'action avait été consommé par l'exercice qu'il en avait déjà fait. (L. 9, § 1, à notre titre). Ces inconvénients firent reconnaître que l'exception fondée sur la simple existence du jugement était insuffisante à empêcher la multiplication des procès ou pouvait mettre obstacle à de justes réclamations. On s'aperçut bien vite que l'irrévocabilité de la sentence était seule le principe essentiel, et on s'adressa au Préteur pour faire respecter le contenu du jugement dans tout procès ultérieur. Celui-ci eut recours à son moyen ordinaire, *l'exceptio*, à qui il conserva même son nom *d'exceptio rei judicatæ* tout en lui donnant une fonction nouvelle.

A quelle époque ce nouveau principe est-il apparu ? Il

est difficile de répondre à cette question d'une façon précise. Gaius semble l'avoir ignoré ; dans ses *Institutes* il s'occupe en effet exclusivement de la fonction négative de l'exception. Toutefois nous trouvons au titre *de except. rei jud.* au Digeste, un texte emprunté au même jurisconsulte Gaius, la loi 15 où il est fait application de la fonction positive. « *Quod si post rem judicatam, dit Gaius, a me*
« *petere cœperis, interest utrum meam esse hereditatem pro-*
« *nunciatum sit, an contra ; si meam esse, nocebit tibi rei ju-*
« *dicatæ exceptio : quia eo ipso quo meam esse prononciatum*
« *est, ex diverso pronunciatum videtur tuam non esse.* » Julien lui-même connaissait le principe nouveau, le § 2 de la loi 40. 3. 3 se termine en effet ainsi « *nam cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse* ». Il semble même (1) que la fonction positive fût admise du temps de Cicéron qui fait plusieurs fois allusion à l'autorité de la chose jugée dans ses plaidoyers *pro Flacco* (cap. 2, 49) et *pro Sulla* (cap. 22) particulièrement en ces termes : « *Status reipublicæ maxime judicatis rebus continetur.* » L'exception nouvelle avait donc longtemps avant Gaius reçu des applications, mais le principe n'était pas assez développé de son temps pour que ce jurisconsulte ait cru nécessaire de le faire figurer dans ses *Institutes* à côté de la consommation de l'action. Quoi qu'il en soit, nous voyons l'institution nouvelle grandir et s'affirmer sous une forme générale. (2) *Res judicata pro veritate accipitur* dit Ulpien, l. 25, 1. 5. *Rebus enim judicatis standum est*, dit-il encore, loi 12, § 3, 38, 2. Elle ne s'est pas substituée bien entendu

1. Bekker, *Aktionen* 1, p. 318.

2. Loi 65, § 2, *ad Sen. Treb.* 36, 1.

à l'ancienne par l'effet d'une prescription générale, d'une loi par exemple ; les Romains n'abandonnent pas ainsi leurs anciens principes, même quand ils en ont reconnu les imperfections. Le seul obstacle du droit civil au renouvellement du procès est toujours la consommation de l'action, seulement les conditions de l'extinction *ipso jure* deviennent de plus en plus difficiles à réunir au fur et à mesure de la disparition du système formulaire et font complètement défaut sous la procédure extraordinaire où il n'y a plus ni double instance, ni formule, par conséquent plus d'*unus iudex* ni d'*intentio juris civilis*. Désormais une nouvelle demande sera toujours recevable *ipso jure*, Justinien le dit expressément aux Institutes, liv. 4, tit. 13, § 5 « *Et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest* » mais il faudra en réglementer l'exercice, l'empêcher d'aboutir si elle doit avoir un résultat contraire à l'équité ou à l'ordre public. C'est le Préteur qui sera juge de la question et qui seul la tranchera au moyen de l'exception, « *Sed debes per exceptionem rei judicatæ adju-* » continue le § 5. Il est probable que tant que dura le système formulaire il continua à faire usage des anciennes exceptions qui restèrent ses moyens habituels et qu'il se borna, quand elles ne suffisaient pas aux besoins de la pratique, à en atténuer les imperfections en recourant à l'exception sous sa nouvelle forme. Ainsi quand le défendeur condamné était rentré en possession, et opposait l'exception *rei in j. d.* à la nouvelle action du demandeur, le Préteur accordait à ce dernier une *replis- catio rei judicatæ* qui maintenait le jugement (1).

1. Savigny tome 6, page 282.

La substitution des *judicia extraordinaria* à la procédure formulaire, si elle n'amena pas directement l'abolition de l'ancien principe de la consommation dut considérablement la favoriser. En effet, c'était les formules qui autrefois servaient le plus ordinairement à comparer les deux actions ; or après la chute du système formulaire leur identité dut être bien difficile à établir. Au contraire, pour appliquer l'exception sous sa nouvelle forme, il suffisait de connaître le contenu du jugement, ce qui peut, dit Savigny (tome 6, page 283), se concilier avec toutes les formes de procédure.

Nous avons dit qu'à l'époque classique, notre exception devait être proposée avant la *litis contestatio* ? Toutefois deux rescrits d'Alexandre Sévère pourraient faire croire que le défendeur avait le droit, dès cette époque, de proposer jusqu'à la sentence les exceptions péremptoires. Mais dans le premier (L. 4, C. de exc. 8, 36), l'empereur ne dit pas que le défendeur pourra invoquer en tout état de cause l'exception non proposée ; il constate seulement que tant qu'il n'a pas été rendu de sentence les moyens déjà plaidés conservent toute leur valeur. « *Cum nondum finitam sententia causam, sed dilatam alle-*
« *getis, non est dubium, omnes integras defensiones vobis*
« *esse.* » L'autre rescrit (L. 10, § 1, de fid. 8, 41), permet au fidéjusseur de proposer l'exception de division *ante condemnationem* ; mais il ne saurait fournir d'argument puisque les mots *ante condemnationem* doivent s'entendre bien plutôt de la partie de la formule que de la sentence de condamnation elle-même. (Wieding, *Libellprocess.* p. 223, Savigny, tome 6 page 223). Mais faut-il dire que la

règle ancienne a survécu à la suppression du système formulaire, et qu'on a maintenu l'obligation pour le défendeur d'invoquer les exceptions péremptoires *in limine litis*? On l'a prétendu (1), et à l'appui de cette proposition on a invoqué les lois 9 C. de *præscr.* VII, 33 et 8, C. de *exc.* 8, 36, qui portent que ces exceptions doivent être indiquées au début même de l'instance. Il ne faut pas, à mon avis, voir dans ces textes l'expression d'une règle absolue, mais plutôt un conseil. « En ne faisant pas cette indication, dit M. Accarias. (*Précis*, tome 2, page 1228, « note 1), le défendeur n'encourt aucune déchéance ; « mais en la faisant il aura une chance d'arrêter le procès et ne risquera pas de voir son silence interprété « dans le sens d'une renonciation. Voilà tout ce que l'on « veut dire. » Je crois donc que le défendeur pourra, jusqu'à la sentence, soulever les exceptions péremptoires en général et l'exception *rei judicatæ* en particulier. Nous avons en ce sens deux textes formels, les lois 8. C. de *exc.* et 2. C., *sent. resc.* 7, 50. La loi 2 qui est de Dioclétien et de Maximien parle bien encore d'une *restitutio in integrum* contre l'omission de l'exception, mais il me paraît bien difficile de lui trouver une raison d'être dans la nouvelle procédure, puisque le magistrat à qui cette *restitutio* devrait être demandée est en même temps juge de la demande principale. Si l'on veut, cette *restitutio* résulte du fait même de l'admission par le magistrat-juge de l'exception omise. Sous Justinien notre exception pourra être proposée en tout état de cause jusqu'au jugement

1. Lenel, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, page 60 et 61. Bekker, *Actionen*, 2, page 223.

définitif : c'est ce qui est attesté par deux scholiastes des Basiliques contemporains de Justinien, Thalalœus et Théodore. (*Scolies des Basiliq.* XXII, 1, 53).

SECTION II.

Conditions de l'exception rei judicatæ.

Le magistrat avait reconnu, avons-nous dit, que les effets de tout jugement devaient être assurés dans l'avenir. Nous venons maintenant établir le rapport qui devait exister entre le litige jugé et le litige futur pour que le juge admit l'exception *rei judicatæ*.

Ulpien exige un double rapport d'identité pour la validité de l'exception : la question de droit soumise au juge doit être celle qui a été antérieurement jugée, et le second procès doit avoir lieu entre les mêmes personnes que le premier. Ces deux conditions sont exprimées en ces termes dans les lois 3 et 7, § 4, à notre titre. Loi 3. « *Julianus libro tertio Dig. respondit, exceptionem rei judicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas revocatur.* Loi 7, § 4. *Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat quotiens inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel alio genere judicii.* »

§ 1. Identité de question.

I. — Examinons d'abord la première condition, l'identité de la question de droit, et recherchons quelle est la portée

des expressions d'Ulpien (loi 7, § 1), *id quod apud priorem judicem quaesitum est*. Pour la connaître, il faut recourir aux applications faites par les textes. Nous en trouvons d'abord une première catégorie que suffirait à justifier et que justifiait en effet autrefois la théorie de la consommation de l'action mais qui demeure vraie sous l'empire du nouveau principe. Les hypothèses que nous y faisons rentrer sont celles où l'objet et la cause sont identiques dans les deux actions. Notre intention n'est pas de reprendre tous les exemples que nous avons examinés dans notre première partie, mais seulement les principaux. Cet examen nous montrera qu'en général l'*eadem questio* se rencontre dans les actions identiques par leur objet et par leur cause et que les résultats de l'*exceptio rei judicatae* envisagée dans sa fonction négative ont été le plus souvent consacrés par la même exception considérée dans ses effets positifs.

Le demandeur qui a succombé dans la pétition d'hérédité revendique ensuite contre l'ancien défendeur un bien dépendant de la succession ; ou inversement après avoir réclamé un bien comme héritier du propriétaire et avoir perdu son procès, il exerce ensuite la pétition d'hérédité. — De même un prétendu héritier du créancier primitif réclame une dette et se voit repousser parce qu'il n'a pas la qualité d'héritier, puis plus tard le même demandeur exerce contre le même défendeur la pétition d'hérédité, ou réciproquement. Dans ces hypothèses les lois 3 et 7, § 5, à notre titre, nous disent que l'*exceptio rei judicatae* sera opposable à la seconde action parce que le premier jugement ayant méconnu au demandeur la qualité

d'héritier, ne lui permet plus de la remettre en question. (1)

La règle *pars in toto* est également vraie soit que l'on envisage l'exception à l'ancien ou au nouveau point de vue. En effet le *principium* de la loi 7, *cod. tit.* n'est pas uniquement fondé sur le principe de la consommation ; Ulpien le justifie également ainsi que le prouve la suite du texte *Et generaliter* etc. par la chose jugée. Et pourtant, de ce qu'une chose ne m'appartient pas en totalité, il ne s'en suit pas qu'elle ne puisse m'appartenir pour partie et qu'un nouveau jugement m'adjugeant cette partie soit en contradiction avec la décision antérieure. Sans doute ; et j'inclinerais même à penser que tant que dura la procédure formulaire, l'exception *rei in j. d.* fut seule employée, du moins quand la première action était *certa*. Dans ce cas, en effet, le juge ne pouvait repousser ou reconnaître la demande que dans son entier, et l'obstacle au second procès ayant pour objet une *pars* était la *plus petitio* que le demandeur avait commise en agissant pour le tout et par suite la *deductio in iudicium* du droit moindre qu'il voulait faire aujourd'hui valoir. Mais à l'époque des *extraordinaria iudicia*, le juge n'était plus renfermé dans les termes d'une formule, il avait toute liberté d'accorder au demandeur ce qui lui revenait effectivement, et quand il rejetait la demande, il prononçait implicitement que le demandeur n'avait droit à aucune fraction de

1. Le § 3 de la loi 7, ainsi que l'indiquent les mots : *Idem erit probandum*, est rattaché aux § précédents qui s'occupent de la fonction positive de l'exception. Nous avons vu plus haut que la solution qui s'y trouve contenue s'explique aussi par la *deductio in iudicium*.

la chose litigieuse. L'exception *rei judicatae* fondée sur le contenu du jugement mettait alors obstacle à la seconde action. La loi 30, *pr. eod. tit.* fait application de cette idée au cas où celui qui a succombé dans sa demande de la moitié d'une succession veut en réclamer ensuite le sixième.

Nous avons vu plus haut que le demandeur avait à craindre l'exception *rei in j. d.* si après avoir réclamé le capital en vertu d'un contrat de bonne foi et avoir succombé, il demandait ensuite les intérêts ; l'exception *rei judicatae* lui sera de même opposable si la première action a été rejetée parce que le juge a reconnu que le capital n'était pas dû, car les deux actions ont pour base une même question de droit qu'a tranchée définitivement le premier jugement (1).

II. — Nous allons maintenant rencontrer des hypothèses où ne s'appliquait pas la théorie de la consommation mais où se rencontrera l'identité de la question de droit. Supposons par exemple, qu'une chose ait été confiée à titre de gage, de commodat ou de dépôt et que son détenteur l'ait endommagée, deux actions compétent au propriétaire pour obtenir la réparation du dommage, l'action du contrat et l'*actio legis Aquiliae*. Nous savons que la règle *bis de eadem re* ne mettait pas obstacle à l'exercice de ces deux actions l'une après l'autre ; l'autorité de la chose jugée s'opposera au contraire à ce que la seconde action réussisse quand dans la première le juge a nié le fait du dommage. (L. 18, § 1, 13, 6).

1. Savigny, tome 6, p. 458.

Javolénus fait à l'espèce suivante l'application de la même théorie : Un commodataire vole l'objet du contrat, les deux actions *furti* et *commodati* seront données au commodant ; s'il intente l'action *furti* et succombe parce que le vol n'existe pas, l'action *commodati* sera paralysée par l'*exceptio rei judicatæ* (L. 71, pr. l. XLVII, t. 2).

Si dans une *actio mandati, negotiorum gestorum*, le défendeur a juré que les faits allégués comme base de la demande étaient faux, Paul, l. 28 § 4, 12, 2. nous dit que l'exception de serment mettra obstacle à la *condictio certi* basée sur les faits niés, *quia eadem questio in hoc iudicium deducitur*. Nous pouvons par analogie étendre cette décision à l'*exceptio rei judicatæ*, car aussi bien qu'une décision judiciaire le serment peut mettre fin à un litige. (Savigny, tome 6, page 432).

La même solution est donnée par la loi 8 à notre titre, pour le cas où le demandeur vaincu dans l'action en revendication exercerait ensuite l'*actio communi dividundo* : l'exception lui serait opposable parce qu'il y a chose jugée en ce qui concerne la propriété du demandeur.

Ce dernier exemple nous montre que le respect dû aux décisions judiciaires s'étendait aux conséquences du premier jugement. Nous trouvons même une preuve de cette influence dans l'usage si répandu des *præjudicia* que le défendeur faisait insérer dans la formule afin d'empêcher que la question secondaire fût jugée avant la question la plus importante et étendit sur cette dernière son autorité. Ainsi toutes les actions qui auraient préjugé la question d'hérédité étaient tenues en suspens par un *præjudicium* (Gaius. IV, § 133. L. 3. § 2. 3. 3) ; de même la question de

propriété aura le pas sur une question de servitude; la loi 16, 44, 1 le dit expressément. En voici l'hypothèse: Entre Primus et Secundus s'élève la question de savoir à qui appartient le fonds Titien; mais auparavant Primus réclame un droit de passage sur le fond Sempronien qui appartient à Secundus pour aller au fonds Titien. Secundus peut opposer à Primus l'exception: *Quod præjudicium prædio non fiat*, c'est-à-dire demander que la décision sur l'action confessoire soit suspendue jusqu'à ce que la question de propriété du fonds Titien ait été vidée, sans quoi elle serait investie de l'autorité de la chose jugée et pourrait servir de base à notre exception. La loi 3, *de exc. rei j.* nous en donne la preuve, elle nous dit que la qualité d'héritier sera déniée au demandeur à propos d'une action en revendication des objets qui composent l'hérédité.

Nous rencontrons cependant des textes qui paraissent nier l'étendue que nous venons d'attribuer à la règle *quoties eadem questio revocatur* (1). D'abord la loi 5 § 9, 25, 3, où il s'agit entre père et enfant d'une demande d'aliments. Le texte nous dit que la décision rendue sur les aliments n'aura pas d'influence sur le débat relatif à la parenté. Cette solution s'explique parfaitement et ne vient en aucune façon contredire l'opinion que nous avons émise. Le juge, avant d'accorder la pension alimentaire, a dû évidemment examiner la question d'état, mais *summatim*, dit le texte, il s'est contenté d'une probabilité qui lui a paru suffisamment justifier des secours urgents.

1. Buchka, *Die Lehre vom Einfluss*, vol. 1, pag. 305.

Prenons une hypothèse analogue, celle de la loi 15 § 4, liv. XLII t. 1. Un tiers veut distraire un objet de la saisie des biens d'un débiteur, le juge examinera la réclamation, mais *summam*, dit le texte, sans trancher au fond la question de propriété qui pourra s'élever plus tard ; il n'aura fait qu'exercer le droit qui lui appartient de désigner des biens du condamné qu'il veut saisir.

Les textes nous présentent d'autres cas d'application de la règle : *Quotiens eadem quæstio*... Supposons avec la loi 26 *eod.* qu'un jugement m'a refusé le droit d'édifier une construction de dix pieds, l'exception *rei judicatæ* me sera opposable si dans une instance ultérieure je prétends avoir le droit : *altius ad alios decempedes tollere*. Cette exception n'aura pas pour fondement une première *deductio in iudicium* car l'objet des deux actions diffère ainsi que l'indiquent les mots *ad alios pedes* ; elle sera destinée à empêcher que par l'affirmation du droit qu'on prétend aujourd'hui, l'autorité du premier jugement ne soit méconnue, car, dit le texte « *quum aliter superior pars jure « haberi non possit quam si inferior quoque jure habeatur.* »

La loi 7 *de ex. r. jud.* nous offre également des exemples de la fonction positive de l'exception. Elle suppose dans son § 1 reconstitué par M. de Savigny (1), qu'après avoir échoué dans la revendication d'un domaine, d'une maison, d'une esclave, je réclame *arbores excisas ex eo fundo, vel tigna, vel lapides, partum ejus ancillæ* et pose la question de savoir si l'exception *rei judicatæ* me sera opposable. Remarquons d'abord qu'il ne peut s'agir de l'ex-

1. Tome 6, appendice, 16

ception fondée sur la consommation du droit, car les arbres coupés, les matériaux de construction, le part de l'esclave sont aujourd'hui réclamés à titre de chose principale et à ce titre n'ont jamais été compris dans la première *deductio in iudicium*. La question est au contraire relative à la fonction positive ainsi que l'indique la suite du texte. « *Et quidem ita defini potest, toties eandem rem agi, quoties apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est.* » La solution n'est pas la même pour tous les cas, mais dans la plupart l'exception s'appliquera « *In his igitur fere omnibus exceptio nocet*, dit Ulpien. » Quel est donc le criterium qui servira de base à la distinction ? le voici, d'après M. Griolet (pag. 54). « Si le demandeur réclame ces choses comme propriétaire de la chose principale, il devra être repoussé parce qu'il mettrait en cause la question jugée. Si au contraire il invoque un droit indépendant de la question jugée, son action sera admise. » Si la propriété du part dérive de la propriété de l'esclave, ce qui sera le cas le plus ordinaire, l'exception *rei iudicatae* ne sera opposable (1). Mais il peut arriver comme le prévoit la loi 73. XXXI, 1 que la première action soit fondée sur l'achat de l'esclave et la seconde sur le legs du part ; de même le maître des matériaux peut ne pas être celui de la maison, et alors l'exception ne sera pas recevable.

1. Pour que la question se pose, il faut supposer la conception du *partus* comme ayant eu lieu après le jugement. Si elle s'était produite avant, le *partus* eût été à titre d'accessoire, compris dans le premier jugement. Ce serait alors la *deductio in iudic.* qui s'opposerait à la demande nouvelle ; loi 7 § 3.

III. — Nous allons maintenant examiner quelques cas où l'exception *rei judicatae* ne pourra plus être opposée comme autrefois à une seconde action. Supposons avec la loi 13 pr. *de Inst, act.* 14. 3, qu'un esclave a reçu de son maître deux mandats, celui de gérer un commerce d'huiles et celui d'opérer des emprunts. Un tiers lui prête une somme d'argent en vue du commerce d'huiles et exerce contre le maître l'*actio institoria*. Cette action est rejetée, nous dit Ulpien, « *quia probare non potuit mercis « oleariae gratia eum accepisse* » parce qu'il ne peut prouver que le prêt a été fait en vue du commerce d'huiles ; s'il veut exercer ensuite une nouvelle action fondée sur le mandat d'emprunter qu'a reçu l'esclave, il sera repoussé par l'exception *rei in jud. ded.* car la seconde action est la reproduction de la première qui est consommée, « *Consumpta est actio* », dit encore Ulpien ; seulement comme la question de droit est différente dans les deux procès, le premier juge ayant seulement déclaré que la somme prêtée n'avait pas été employée au commerce d'huiles, l'*exceptio rei in j. d.* sera écartée par une *doli replicatio* qui permettra à l'action du demandeur d'aboutir. Telle est la signification de la fin du texte « *utilem ei actionem competere Julianus ait.* » (1).

Nous savons qu'à l'époque classique, l'effet de la péremption d'instance était de faire perdre au demandeur son droit d'action et que le moyen pour le défendeur d'empêcher le renouvellement du procès était l'exception *rei in jud. ded.* Sous la procédure extraordinaire, la dis-

1. Keller, *Litis Cont.*, p. 380.

inction des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia* n'existe plus ; il n'y a plus qu'une espèce de *judicia* sans qualificatif. Quels en seront les délais de péremption ? Théodose le jeune les porte à trente années à partir de la *litis contestatio* (loi 1. C. Th. 4, 14). L'exception *rei in jud. ded.* a donc déjà perdu presque complètement son application pratique ; Justinien la lui fait perdre absolument le jour où il décide que la péremption s'opérera par trois ans et n'aura pour effet que d'anéantir la procédure (loi 13, § 1. C. 3, 1). C'était la conséquence logique de l'état d'oubli dans lequel était tombé le principe de la consommation de l'action. Aucune disposition législative ne l'avait abolie, mais il ne trouvait plus à s'appliquer *ipso jure* depuis que la confusion du *jus* et du *judicium* avait rendu impossibles les *judicia legitima*, et le Préteur ne s'en inspirait plus depuis qu'une institution plus parfaite l'avait remplacé. Dès lors rien ne mettait plus obstacle à ce que l'instance périmée soit renouvelée.

La même raison nous explique la tendance des Romains à s'affranchir des effets désastreux de la *plus petitio* qui n'étaient d'ailleurs que la conséquence de la *litiscontestatio*. L'empereur Zénon par une constitution mentionnée aux Institutes (§ 33 et 34, L. 4, t. 6, — § 10, 4, 13), avait décidé que le créancier à terme qui agirait avant l'arrivée du terme devrait subir un délai double de celui qu'il avait méconnu, encourir pendant ce délai la suspension du cours des intérêts, enfin rembourser au défendeur, avant de renouveler sa demande, tous les frais faits par lui lors du premier procès ; ce qui montre bien que le droit d'agir n'était pas perdu. Un passage de la

constitution précitée justifie d'ailleurs à souhait cette assertion « *non aliter agat quam si impendia primæ instantiæ... adversario solvat* » (L. 1, pr. C, 3, 10). Justinien conserva et compléta les réformes de son prédécesseur en décidant que la *plus petitio re, loco, causâ* n'entraînerait plus l'absolution du défendeur. Ce dernier n'aura plus qu'une *condictio ex lege* pour obtenir du demandeur le triple du dommage que lui a causée la demande, le triple, par exemple, des honoraires payés aux *executores*. (L. 2, C. 3, 10). La loi 3 au même titre de *plus petitionibus*, nous présente cependant un cas où le créancier perdait sa créance entière pour en avoir exagéré le chiffre : C'est quand, par dol ou au moyen de manœuvres frauduleuses, il s'était fait signer un billet mensonger et qu'il le présentait en justice. Mais ce n'était plus là l'effet de la *plus petitio* ; la déchéance du droit ne se produisait qu'à titre de peine.

Justinien ne prévoit plus comme exception dilatoire *ex tempore* que l'exception *pacti conventi* (§ 10, 4, 13) ; il rapporte l'effet qu'elle produisait autrefois et ajoute que de son temps elle n'a plus un résultat aussi rigoureux. « *Hodie autem non ita stricte hæc procedere volumus.* »

Nous avons vu à l'époque formulaire l'effet extinctif de la *litis contestatio* causer un préjudice considérable au demandeur dans le cas où il agissait par une action *incerta*, sans avoir eu soin d'en limiter la portée par une *præscriptio*. La *deductio in iudicium* frappait le droit tout entier et une demande ultérieure se heurtait à l'exception *rei in jud. ded.* Ainsi le légataire qui dans l'action *ex testamento* réclamait ce qu'il croyait être le montant total de son legs, ne pou-

vait plus ensuite recommencer le procès le jour où il découvrirait la véritable étendue de son droit. Cette conséquence de la *litis contestatio* avait déjà paru trop rigoureuse au préteur qui l'éluait en accordant au demandeur la *replicatio doli*. Justinien allant plus droit au but autorisa une seconde action. Ce sont les compilateurs du Digeste qui ont inséré ces mots dans la loi 20 de *ex. r. jud.* : « *nec obstat eam ei exceptionem, quod non sit petitum, quod nec actor petere putasset; nec iudex in iudicio sensisset.* » — De même l'*exceptio rei in j. ded.*, était, à l'époque classique, paralysée par une réplique de dol dans le cas où un pupille n'ayant pu obtenir de son ex-tuteur tout ce qu'il pouvait exiger, voulait agir à nouveau pour réclamer les créances qu'il venait de découvrir. Bien que le texte qui prévoit cette hypothèse soit inséré au Digeste, (L. 46, § 3, 24, 7), il est vraisemblable qu'au temps de Justinien la demande était renouvelée sans qu'aucune exception pût lui être opposée.

Il nous reste à examiner le cas où le défendeur, déjà poursuivi, voulait empêcher qu'une seconde action fût dirigée contre lui, *pendente iudicio*, devant un autre juge. Il employait autrefois, avons nous dit, l'exception *rei in jud. ded.* Ce moyen est-il encore un usage sous Justinien ? Les textes ne le disent pas, mais il est probable que le défendeur avait trouvé un autre fondement au droit de ne pas être amené devant un autre juge. Le moyen qu'il employait reposait vraisemblablement sur l'équité et sur la règle indiquée par Marcellus, loi 30, §, 1. « *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.* » C'était l'exception de dol basée sur l'iniquité qu'il y aurait eu à

retirer la solution du procès au juge qui devait en connaître.

§ 2. *Identité de personnes.*

La seconde condition exigée pour l'application de l'*exceptio rei judicatæ* est l'identité des parties, *eadem conditio personarum*. L'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée ni par ni contre un tiers, et cette règle se justifie également en équité et en droit. De tout temps il a paru en effet injuste d'imposer à une personne des décisions rendues sans l'avoir préalablement appelée au procès, et sans l'avoir mise à même d'éclairer le juge. En droit, la source de notre principe est le contrat tacite par lequel les parties conviennent de soumettre leur litige à un juge et d'exécuter sa décision comme s'ils s'agissait d'une obligation contractuelle; or la convention n'a d'effet qu'entre les contractants. *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.* » De nombreux textes (1) au Digeste et au Code consacrent la relativité des effets du jugement. Les principaux sont la loi 63. 42, 1. de Macer « *Sæpe* » « *constitutum est res inter alios judicatas aliis non præjudicare.* » et la loi 2C. , 7, 56, de Gordien « *Res inter alios judicata neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuert, neque præjudicium solent irrogare.* »

Cette condition d'identité de personnes était entendue par les Romains d'une façon beaucoup plus large que sous l'empire de l'ancien principe. Cela tient au développe-

1. L. 1 ; L 3 ; L. 7 § 4, 44. 2 ; L. 12. 42. 2 ; L. 1, G. 7. 60 ; L. 2. C. 8. 36.

ment qu'avait prise la théorie de la représentation à une époque où avait presque disparue la fonction négative de l'exception. Ainsi, la condition dont nous nous occupons était remplie non seulement quand le mandat du représentant était exprès, mais encore dans certains cas où il n'était que tacite. Ces cas étaient ceux où une personne ayant un intérêt dans une affaire, savait qu'une autre partie engageait le procès. Macer le dit expressément dans la loi 63 de *re jud.* l. 42, t. 1. « *Scientibus sententia quæ inter alios data est obest, cum quis de ea re cujus actio vel defensio, primum sibi competit sequenti agere patitur... quia ex voluntate ejus de jure quod ex persona agentis habuit, judicatum est.* » Et le texte nous donne en même temps trois applications du principe : 1° au cas où le créancier a laissé son débiteur plaider sur la propriété de son gage ; 2° au cas où le mari a laissé sa femme ou son beau-père plaider sur la propriété de la dot ; 3° enfin au cas où l'acheteur a laissé aussi le vendeur plaider sur la propriété de la chose vendue. Dans ces hypothèses, l'exception *rei judicatæ* servait à repousser le créancier, le mari et l'acheteur qui auraient voulu recommencer le procès.

A un autre point de vue la condition de l'identité de personnes s'entend d'une façon moins étroite qu'autrefois. Ainsi la circonstance que les rôles des parties différaient d'un litige à l'autre, n'empêchait pas *l'exceptio* de s'appliquer. Le juge n'a plus en effet pour mission de comparer deux actions mais de rechercher si la demande nouvelle remet ou non en question la chose jugée. Supposons par exemple, avec la loi 30 § 1, de *exc. rei. jud.* qu'un litige se soit élevé sur la propriété d'un fonds de terre et

que le défendeur ait été condamné ; s'il veut en qualité de demandeur renouveler le procès contre son ancien adversaire, il sera repoussé par l'exception, « *quoniam de ejus quoque jure quæsitum videtur, cum actor petitionem implet.* »

De même, et c'est l'hypothèse de la loi 15 *eod.*, si entre deux personnes s'élève la question de savoir à qui appartient une hérédité et que le défendeur soit condamné dans la *petitio hereditatis* que le demandeur exerce contre lui pour réclamer les objets de la succession qu'il détient, l'*exceptio rei judicatæ* sera opposée à l'ancien défendeur, si à son tour il demande dans une action nouvelle les objets qui sont en la possession du demandeur au premier procès, « *quia eo ipso quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatur tuam non esse.* »

Marcellus nous dit également, loi 19 *eod.*, que si dans un premier litige sur l'action hypothécaire la priorité a été accordée au demandeur, l'*exceptio rei judicatæ* sera opposable à l'ancien défendeur qui viendrait plus tard réclamer cette priorité.

Le défendeur a été absous parce que le demandeur a été reconnu par le juge n'être pas propriétaire. Si la possession retourne au demandeur, et que l'ancien défendeur exerce contre lui l'action Publicienne, l'exception *si non ejus sit res* pourra bien lui être opposée, mais elle sera paralysée par la *replicatio* : *at si res judicata non sit*. L. 24 *eod.* Enfin la loi 7 § 1. 16. 2 nous dit que si la réclamation opposée à titre de compensation n'a pas été reconnue fondée, l'*exceptio rei judicatæ* la repoussera si elle fait

plus tard l'objet d'une demande principale. (L. 8. § 2. 3. 5)

Il y a pourtant au Digeste deux textes (l. 17 et 18. 21. 2) qui semblent dans un cas particulier contredire notre règle. Ils visent l'hypothèse où un vendeur s'est vu opposer, mais sans succès, par son acheteur contre qui il intentait une action en revendication, *l'exceptio rei venditæ et traditæ*; et ils autorisent l'acheteur à exercer ensuite *l'actio empti* ou l'action *stipulatu duplæ*; « *Sed etsi* » « *exceptio omissa sit, aut opposita ea, nihilominus evictus sit* : » « *ex duplæ quoque stipulatione, vel ex empto potest conve-* » « *niri.* » C'est donc que *l'exceptio rei judicate* ne peut pas être opposée dans tous les cas où les rôles de demandeur et de défendeur sont intervertis. Je crois que la contradiction n'est qu'apparente, et qu'une autre interprétation doit être donnée de la loi 18; ce texte signifie que l'action de l'acheteur réussira si par inadvertance le juge n'a pas dans le premier procès tenu compte de *l'exceptio rei venditæ* ou, dit M. de Savigny (t. 6, 435) « s'il a méconnu la règle de droit sur laquelle elle repose et que, par erreur, il n'a pas regardé la revendication de l'ancien vendeur comme une violation frauduleuse de son propre contrat. »

Nous avons vu plus haut, que la *litis contestatio* engagée par l'un des *correi stipulandi* ou contre l'un des *correi promittendi* éteignait le droit et l'obligation des autres *correi*. Mais Justinien (Constit. 28, C. 8, 41), sous-entendant dans les contrats de cautionnement et de *solidarité* la clause devenue de style qui réservait au créancier la faculté de poursuivre successivement tous ses débiteurs, avait décidé que la poursuite dirigée contre l'un ne libè-

rerait plus les autres (1). Nous devons alors nous demander si le jugement rendu entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires avait effet à l'égard des autres ; en d'autres termes, si *l'exceptio rei judicatae* prit ici la place de *l'exceptio rei in jud. ded.* Par dérogation à la règle *res inter alios acta*, Justinien avait admis que la reconnaissance de la dette par l'un des débiteurs aurait effet à l'égard de tous. (L. 5, C. 8.40). Il semble logique de décider également que la chose jugée sur l'existence de la dette contre l'un des débiteurs doit avoir effet contre les autres et inversement que le jugement rendu au profit de l'un doit profiter aux autres. Au point de vue de la chose jugée comme sous l'empire de l'ancien principe, les Romains faisaient donc prédominer l'unité de l'obligation sur la diversité des sujets. C'est que la dette qui est unique dans son principe ne saurait avoir une destinée diverse à l'égard des codébiteurs. Elle doit subsister ou s'éteindre à l'égard de tous à moins d'un événement qui ne concerne que l'un d'eux et qui lui soit personnel comme la *capitis deminutio* (L. 19, 45, 2).

La question que nous venons d'examiner ne présentait une grande importance pratique qu'à l'époque de Justinien. Jusqu'à la constitution 28, C. de *fidej.* *l'exceptio rei in jud. ded.* fondée sur l'effet extinctif de la *litis contestatio* suffisait en effet à repousser une seconde action. Cependant nous trouvons au Digeste un texte de Pomponius (L. 42, § 3, 12, 2), qui nous montre un fidéjusseur invoquant déjà à l'époque classique la sentence d'absolution

1. M. Accarias *Précis*, tome 2, page 364, note 1.

rendue au profit du débiteur principal : « *Res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficit* ». Il n'est pas nécessaire, à mon avis, pour expliquer ce texte, de supposer qu'il a été corrigé par les compilateurs de Justinien. La théorie de la chose jugée, ainsi que nous l'avons vu, s'était déjà fait jour dans le droit classique et concourait le plus souvent avec le principe de la consommation ; il n'était pas rare que le défendeur se servît indifféremment de *l'exceptio rei in j. d.* et de *l'exceptio rei judic.*

Signalons enfin une dernière dérogation à la règle que l'identité des parties est nécessaire pour que l'exception s'applique. Nous avons déjà dit en parlant de l'effet de la *litis contestatio* que si l'objet du droit était indivisible, la demande formée par l'un des titulaires empêchait les autres d'agir ; nous allons montrer que le même effet fut attaché au jugement sous l'empire du nouveau principe. Supposons donc qu'un copropriétaire a intenté l'action confessoire à raison d'une servitude prédiale ; « *victoria aliis proderit* » nous dit Ulpien (loi 4, § 3, 8, 5). Le voisin n'aura plus le droit de discuter avec les autres l'existence de la servitude. Inversement, si le demandeur perd son procès, s'il est jugé qu'aucune servitude n'existe sur le fonds voisin au profit du fonds commun, l'absolution prononcée par le jugement aura aussi l'autorité de la chose jugée contre tous les copropriétaires.

Cette dernière solution n'est, il est vrai, consacrée expressément par aucun texte, mais la logique et l'équité l'imposent, aussi bien un passage du jurisconsulte Marcien la présuppose. La première idée qui vienne à l'esprit n'est-elle pas qu'en droit tout doit être réciproque

et que l'équilibre doit surtout être maintenu dans notre hypothèse afin que le propriétaire du fonds voisin n'ait pas une situation trop désavantageuse. Si quand il a perdu le procès, il peut se voir opposer le jugement par tous ses adversaires, il est juste qu'il puisse à son tour le leur opposer s'il a fait juger que la servitude n'existait pas sur son fonds. D'ailleurs la loi 19, 8, 5, vient confirmer notre opinion. En voici les termes : « *Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua : non est æquum hoc cæteris damno esse : sed si per collusionem cessit litem adversario, cæteris dandam esse actionem de dolo Celsus scribit. Idque ait Sabino placuisse.* » L'hypothèse prévue par Marcien est celle d'un copropriétaire qui intente l'action confessoire pour faire reconnaître une servitude qui est effectivement due ; mais pour avoir commis une faute quelconque dans le procès, il le perd. Il n'est pas équitable que le jugement perdu par lui nuise à ses copropriétaires. Pour empêcher qu'ils en souffrent, va-t-on leur permettre d'intenter à nouveau l'action confessoire ? Non, cette action ne pourra être réitérée, la chose jugée contre l'un l'est contre les autres et ce qui le démontre c'est que, dans le cas de collusion, c'est-à-dire quand la situation des autres copropriétaires est le plus digne d'intérêt, ils n'auront que l'action de dol, action essentiellement subsidiaire qui ne peut être intentée qu'à défaut de tout autre moyen de droit.

Si l'immeuble grevé de la servitude était l'immeuble indivis, l'action confessoire pourrait également être exercée pour le tout contre chacun des copropriétaires et

l'action négatoire intentée ensuite par celui qui n'a pas été partie au premier procès échouerait devant l'exception *rei judicatæ*. (L. 4, § 4, 8 5).

Il ne nous reste plus qu'à donner le motif de la règle romaine. Elle repose selon nous sur la nature des droits dont l'objet est indivisible. Ils appartiennent à chacun *in solidum*, chacun peut les exercer pour le tout et le jugement obtenu par l'un doit correspondre au tout. Cette indivisibilité de l'objet a pour conséquence d'emporter l'unité de tous les sujets dont les droits sont identiques, et de les faire regarder, ainsi que l'a dit Pothier, (*Oblig*, 907) comme une seule et même partie. Les droits indivisibles ne peuvent conserver leur élément essentiel, qui est l'unité d'objet, qu'aux dépens de l'élément variable et secondaire qui est le sujet.

DROIT FRANÇAIS

DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE REPRISES MATRIMONIALES

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

REPRISE DES IMMEUBLES EN NATURE

La question que nous nous proposons d'examiner dans cette thèse est celle de savoir à quelles conditions de preuve sera subordonné l'exercice des reprises de l'un et de l'autre époux sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle et de la femme sous les régimes exclusifs de communauté.

Ce sujet peut se diviser d'une façon toute naturelle en deux parties, selon qu'il s'agit d'établir l'identité d'un bien avant de le reprendre en nature, ou que l'époux veut faire valoir son droit à une créance. Envisageant la première hypothèse et nous plaçant tout d'abord sous le régime de communauté, nous allons nous demander d'a-

près quels moyens pourra être faite la distinction entre les immeubles propres et les immeubles acquêts. A cet égard, nous trouvons dans l'article 1402, C. c., une disposition très importante : « Tout immeuble est réputé
« acquêt, nous dit ce texte, s'il n'est prouvé que l'un
« des époux en avait la propriété ou la possession légale
« antérieurement au mariage ou qu'il lui est échu de-
« puis à titre de succession ou donation. » Ainsi donc, tout immeuble est réputé acquêt jusqu'à ce que sa qualité de propre soit démontrée par celui qui en prétend la reprise.

Cette présomption existait déjà dans notre ancien droit. Nous la trouvons signalée par Loysel (1) en ces termes : « Tous biens sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire. » Bourjon (2) la qualifiait de « judicieuse
« conjecture qui conserve les intérêts des deux conjoints
« par une juste et favorable présomption. » Enfin Renusson (3) la fondait sur ce motif « que dans l'obscurité et
« l'incertitude, il n'y aurait pas plus de raison de dire
« que l'héritage aurait été acquis par l'un plutôt que par
« l'autre. »

Supposons donc que l'époux qui prétend à la reprise de l'immeuble allègue qu'il en avait la propriété ou la possession légale antérieure au mariage. Par quels moyens sa justification devra-t-elle être faite ? Le Code civil ne nous le dit pas, mais les principes suffisent à nous l'indiquer. La possession, étant un fait, se prouvera

1. *Institutes coutumières*, Liv. 2, t. 1, n° 14.

2. *Droit commun de la France*, tit. 13, chap. II, p. 412.

3. *Traité des propres*, chap. I, sect. 13.

par tous moyens (art. 1348) et la propriété selon les règles du droit commun. Il est vrai que Pothier (§ 203, *Traité de la comm.*) ne faisait pas de distinction et admettait dans tous les cas la preuve testimoniale, parce que, disait-il, « les titres peuvent se supprimer ; » mais sa pensée n'était évidemment pas de poser un principe absolu. Pour la connaître, il faut recourir au passage du commentateur de la *Coutume de la Rochelle*, auquel il renvoie pour plus amples développements. Or, Valin (page 681, tome 2) n'avait en vue que la preuve de la possession et admettait les témoins à établir seulement ce fait « que le bien était avant le mariage dans la possession de celui qui le réclame et qu'il était réputé le posséder en qualité de propriétaire. »

Ma conclusion est donc que l'article 1341, C. civ., sera applicable à la preuve du droit de propriété, en d'autres termes, qu'un écrit sera nécessaire lorsqu'il s'agira d'une valeur supérieure à 150 francs. En fait, cet écrit sera le plus souvent celui qu'on rédige pour constater l'acquisition des immeubles.

Sous les autres régimes d'origine coutumière nous admettrons également les deux époux et même sous le régime dotal la femme à exercer la reprise de leurs immeubles en prouvant par témoins qu'ils en avaient la possession légale avant le mariage. La disposition de l'article 1402 n'est pas en effet particulière au régime de communauté ; elle est l'expression de ce principe général que la possession est un titre suffisant contre tout autre que le vrai propriétaire et qu'elle contient en germe la propriété.

Les règles que nous venons de tracer sur la preuve ne sont pas seulement applicables dans les rapports des époux entre eux ; elles le sont encore à l'encontre des tiers. Si nous supposons, par exemple, que la femme veuille revendiquer un immeuble dont elle prétend avoir eu la propriété ou la possession légale avant le mariage contre un créancier de son mari en poursuivant la saisie, les moyens de preuve du droit commun suffiront à faire triompher sa revendication.

Le Code de commerce n'édicte pas non plus de disposition exceptionnelle pour le cas où la revendication de la femme s'exerce contre la masse des créanciers de son mari déclaré en faillite. L'article 557 qui prévoit cette hypothèse se réfère en effet implicitement au droit commun en autorisant la femme « dont les apports en immeubles ne se trouveraient pas mis en communauté » à les reprendre en nature. Le législateur a pensé qu'il n'y avait pas lieu d'exiger une preuve authentique et d'étendre à notre cas la présomption de fraude dont nous rencontrerons plus loin les applications ; elle eût été ici contraire à la réalité des faits et eût véritablement choqué la moralité. Peu importera donc que le prix des immeubles revendiqués ait été payé par le mari pourvu néanmoins que ce soit avant le mariage. La femme n'aura même à ce sujet aucune démonstration à faire ; ce sera aux créanciers de la faillite à établir que le déboursé a eu lieu gratuitement par le mari depuis le mariage ou que la date même de l'acquisition n'est pas sincère, qu'en réalité elle est postérieure à la célébration, ou bien encore que la donation faite par le

mari à sa femme antérieurement au mariage, l'a été dans un but frauduleux (1167). Qu'arrivera-t-il si tous ces points sont établis ? la femme se verra-t-elle privée de son droit aux reprises ; et devra-t-elle abandonner aux créanciers les immeubles dont son mari a fait ou est présumé avoir fait les frais d'achat ? Il faut je crois, faire des distinctions. Si la date de l'acquisition est reconnue fausse, c'est-à-dire postérieure au mariage, l'article 559 dont nous verrons plus loin les conséquences s'appliquera à la lettre. Si les créanciers établissent en vertu de l'art. 1167. C.c. l'intention frauduleuse du mari remettant à sa future femme la somme qu'elle doit pour prix de vente, il n'y aura lieu qu'à une restitution de cette somme. Enfin si la démonstration est faite que depuis le mariage le mari a déboursé le prix d'une acquisition antérieure, je ne crois pas que la femme doive à la faillite autre chose qu'une récompense. Nous ne sommes pas, en effet, dans l'hypothèse prévue par l'art. 559, en d'autres termes, il ne s'agit pas d'immeubles acquis pendant le mariage mais de biens qui appartenaient auparavant à la femme ; or l'art. 557 en autorise la reprise sans distinction. Cette opinion n'est pas, je l'avoue, absolument conforme à l'esprit du droit commercial tel qu'il ressort des articles de la section IV (liv. 3. tit. 1) mais elle est conforme à la lettre du texte, ce qui vaut mieux dans une matière exceptionnelle comme la nôtre.

La présomption de l'article 1402 s'applique également aux immeubles acquis par les époux depuis le mariage ; elle puise même une force nouvelle dans l'idée que la condition normale de ces immeubles est celle d'acquêt

(1401, § 3). Il incombera donc à l'époux qui veut en exercer la reprise de démontrer qu'ils lui viennent d'une source qui en a fait des propres, par exemple d'une succession, d'une donation, d'un échange, d'un remploi de deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble propre. Les moyens de preuve seront ceux du droit commun sans distinguer entre le mari et la femme. La loi ne s'est pas en effet préoccupée d'une façon spéciale d'assurer à cette dernière des facilités de preuve pour le cas où son mari n'aurait pas pris lui-même la précaution de lui en ménager. Elle a considéré sans doute qu'à ce point de vue l'article 1348, applicable à ceux qui n'ont pu se procurer une preuve écrite, suffisait amplement à la protéger.

Sous le régime de la communauté, l'acquisition à titre onéreux d'un immeuble par le mari ou par la femme en leur nom personnel ne peut jamais constituer un propre quand bien même les parties l'eussent voulu, car la loi décide dans l'article 1401, 3^e, que tous les immeubles acquis pendant le mariage sont communs et pose ainsi une règle impérative qu'aucune convention ne peut violer sans être nulle comme contraire aux conventions matrimoniales. Sous le régime dotal au contraire, du moins quand la femme a des biens paraphernaux, personne ne conteste qu'elle puisse faire des acquisitions pour son propre compte, car ce régime loin de confondre les intérêts des deux époux, les maintient soigneusement séparés. Déciderons-nous de même au cas où la femme dotale n'a pas de biens extradotaux ? La raison de douter vient d'une loi romaine, la loi Quintus Mucius à laquelle plusieurs de nos anciens auteurs, Roussilhe et Domat

entre autres, donnaient cette portée d'attribuer au mari tout immeuble acheté par la femme avec des deniers qui ne lui appartenaient pas et dont elle ne pouvait montrer l'origine. Voici en effet comment Roussilhe (*De la dot*, page 221) interprétait les lois 51, D., *de Don. int. vir. et ux.*, l. 24, t. 1, et 6, C., l. 5, t. 16. « A l'égard des
« fonds dont la femme fait l'acquisition à son nom pen-
« dant qu'elle est sous la puissance de son mari, ils ap-
« partiennent à celui-ci, excepté qu'elle ne prouve les
« avoir acquis de ses fonds sans que rien soit provenu
« des biens de son mari ; il faut de plus qu'elle justifie
« d'où lui sont provenus les deniers par elle employés,
« sans cela le mari a la présomption en sa faveur fondée
« sur la disposition de la loi Q. Mucius où le juriscon-
« sulte donne pour motif de cette décision l'honneur et
« la réputation de la femme, afin d'éviter les soupçons
« qu'on pourrait former contre elle d'avoir fait les acqui-
« sitions par des voies déshonnêtes, comme par sous-
« traction qu'elle aurait pu faire des biens de son mari
« ou par un commerce scandaleux contraire à son hon-
« neur et à sa réputation. » Et Domat s'exprimait dans des termes équivalents (*Lois civiles*, liv. 1, tit. 9, Sect. 4, n° 7).

Selon ces auteurs une présomption de propriété existait donc au profit du mari pour le compte duquel la femme était censée avoir acheté l'immeuble. Cette dernière pouvait néanmoins faire tomber la présomption et exercer la reprise en prouvant que les deniers employés avaient une origine autre que la caisse du mari. Nous trouvons dans le même sens un arrêt de la Cour de Bor-

deaux (1) du 24 janvier 1870 qui a décidé également que le mari était propriétaire des biens achetés par sa femme, s'il n'apparaissait pas que les deniers employés à payer le prix pussent provenir d'une autre source que des biens du mari. Toutefois l'arrêt donne à la présomption un fondement différent de celui d'autrefois ; elle aurait selon lui pour but d'empêcher qu'il soit fait indirectement fraude au principe qui interdit les libéralités irrévocables entre époux.

Je ne crois pas que la présomption, si elle existe encore aujourd'hui, ait la signification que lui a attribuée l'arrêt précité. Elle ne l'a même jamais eu, selon moi, en droit romain. Voici en effet les termes de la loi 51 : « *Quintus Mucius ait : cum in controversiam venit unde ad mulierem quid pervenerit : et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quæstus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse.* » Ce texte établissait bien en effet une présomption légale d'après laquelle la femme qui ne pouvait montrer l'origine des deniers, était réputée avoir acquis *ex bonis mariti* ; mais cette présomption n'influaient en rien sur le sort de la propriété et n'empêchait pas qu'elle résidât sur la tête de la femme qui avait été en nom dans le contrat d'achat. C'était dans notre ancien droit l'opinion de Fontanella (*de pact. nupt.*, Cl. 7, Glose 3, part. 15, n^{os} 26 et 27) « *in viam juris dominium rei emptæ ac acquisitæ ex pecuniis alterius etiam inter virum et uxorem*

1. Dalloz, 1872; 1, 77.

acquiritur ementi seu acquirenti. » Et sous l'empire du Code civil, il me semble incontestable que c'est celui qui achète qui devient propriétaire quand la loi ne lui interdit pas le droit d'acheter (art. 1594) sans qu'il y ait lieu de se préoccuper du bailleur de fonds. A ce principe il y a, il est vrai, une exception dans la loi du 5 sept. 1807 relative au privilège du Trésor public sur les biens des comptables. L'art. 4 de cette loi considère, en effet, dans l'intérêt du Trésor, comme la propriété du mari les immeubles acquis à titre onéreux par la femme postérieurement à la nomination, à moins qu'elle ne fournisse la preuve que les deniers employés aux acquisitions lui appartenait. Mais en dehors de cette disposition exceptionnelle la règle générale que nous venons d'énoncer s'applique : la femme dotale qui achète un immeuble avec le consentement de son mari devient propriétaire alors même qu'elle n'aurait pas eu de deniers paraphernaux. La jurisprudence des Cours d'appel et de la Cour de Cassation est définitivement fixée en ce sens. (Sirey, 1884, 2, 137 ; Dalloz, 74, 2, 107 ; 72, 1, 77 ; 74, 1, 69).

Ce n'est évidemment pas la crainte de voir tourner la règle interdisant les libéralités irrévocables entre époux qui peut faire brèche au principe. D'abord le mari peut être un prêteur sincère; il n'y a pas de raison de présumer qu'il a fait un don. Il ne me semble pas, en second lieu, que la forme sous laquelle le mari a caché sa donation, s'il en a fait une véritable, la mette à l'abri de toute révocation ; il n'y aura qu'à dévoiler le subterfuge. Ce ne sera pas toujours, il est vrai, chose facile, car les préu-

ves feront souvent défaut ; mais cette difficulté n'existera-t-elle pas de même dans tous les cas de donation indirecte que notre législation a pourtant autorisés. Dans notre espèce, il s'agit d'une donation déguisée dont l'article 1099 C. C. prononce la nullité comme faite dans un but de fraude à la loi ; or la fraude peut se prouver par tous moyens aussi bien par le mari que par ses héritiers.

Nous nous sommes placés jusqu'ici dans l'hypothèse d'un régime dotal pur, celui que prévoient les articles 1540 et suivants du code civil. Nous pouvons maintenant supposer qu'accessoirement à ce régime a été stipulée une société d'acquêts et nous demander quel sera le sort des immeubles acquis à titre onéreux par la femme. La question n'est pas douteuse ; il faut leur appliquer le principe contenu dans l'article 1401, 3^o et les considérer comme acquêts de communauté. Il y aurait toutefois exception à la règle dans le cas où ces immeubles auraient été subrogés à des valeurs propres, au moyen par exemple d'un emploi ou d'un remploi. Ils seraient alors propres à celui des époux qui les aurait acquis et pourraient être repris moyennant la preuve de l'origine des deniers fournie le plus souvent par la quittance du prix de vente. (D. 1874. 1. 69.).

La véritable portée de la présomption Mucienne était en droit romain et dans notre ancien droit de faire considérer, jusqu'à preuve contraire, comme provenant de la caisse du mari le prix de l'acquisition faite par la femme dotale. Cette présomption subsiste-t-elle encore sous l'empire du Code civil ; en d'autres termes la femme est

elle obligée de plein droit à rendre à son mari le prix d'acquisition qu'elle serait presumée tenir de lui jusqu'à ce qu'elle prouve que la présomption n'est pas conforme à la réalité ; ou bien le mari sera-t-il tenu d'établir qu'il a fait l'avance de sommes pour en être constitué créancier à l'égard de sa femme ? Il importe au point de vue des reprises de prendre parti dans la question. Si en effet on reconnaît l'existence d'une présomption, la femme devra imputer le prix d'acquisition sur la valeur de la dot mobilière à la restitution de laquelle elle a droit, si elle ne prouve pas que les deniers dont elle s'est servie ont une autre source que la caisse du mari. Si au contraire on repousse la présomption, la femme aura droit à l'intégralité de sa dot mobilière tant que le mari n'aura pas justifié de sa créance.

La première opinion a été défendue par Troplong. (*Cont. de mariage*. IV. 4017). Elle se fonde sur ce que les motifs qui ont fait autrefois admettre la présomption sont aussi exacts aujourd'hui qu'ils l'étaient autrefois ; et en second lieu sur cette considération que le régime dotal dont la présomption Mucienne était une des particularités, a été conservé par notre Code tel qu'il existait dans l'ancien droit, dans son ensemble et dans son harmonie. Cette opinion invoque enfin en sa faveur l'article 559 Code de c. qui prévoyant le cas où le mari serait commerçant et aurait fait faillite, lui attribue la propriété des biens acquis par la femme ou en son nom si cette dernière ne justifie pas que l'acquisition a été faite de ses propres deniers. Il y aurait là, dit-on, la preuve que la présomption Mucienne a passé dans le droit moderne. La

condition nécessaire à son application serait d'ailleurs, d'après Troplong, la dotalité de tous les biens de la femme. L'existence à son profit de paraphernaux, d'une industrie propre ou d'un commerce spécial, indiquerait suffisamment l'origine de son acquisition, ses moyens distincts de ceux du mari, et aurait pour résultat de la dispenser de toute autre preuve. (D. 1832. 2. 31. 64. 1. 120. 62. 2. 136.

L'opinion contraire est la plus communément admise. Elle est défendue entre autres auteurs par MM. Aubry et Rau (t. 5, page, 514, note 3). J'estime avec elle qu'il n'y a de présomptions légales que celles qui ont été proclamées par des lois spéciales, et que celle dont il s'agit n'étant nulle part exprimée dans le Code se trouve enveloppée dans l'abrogation générale des anciennes lois romaines par la loi du 21 mars 1804. Il n'y a pas non plus selon moi, à tenir compte de la considération émise par Troplong que l'intention des rédacteurs du Code a été de conserver le régime dotal tel qu'il était pratiqué dans les pays de droit écrit : la présomption n'était pas, en effet, une particularité de ce régime, les jurisconsultes anciens l'étendaient au régime sans communauté à propos duquel aujourd'hui encore la question peut également se poser. Il faudrait donc admettre, contrairement à toute vraisemblance, que les rédacteurs du Code auraient d'une façon générale consacré implicitement la présomption. Quant à l'art. 559 C. de C. il procède d'une idée toute différente de celle de la présomption Mucienne et produit des effets absolument dissemblables. Il répute la femme donataire et lui interdit toute reprise si elle ne démontre pas qu'elle

n'a pas reçu de don. La présomption Mucienne, au contraire, part de l'idée que la femme a reçu un prêt de son mari ; son effet ne sera pas d'empêcher la reprise de l'immeuble acheté, mais seulement de faire considérer la femme comme débitrice du prix dans le cas où celle-ci n'établirait pas qu'elle ne doit rien.

Mon avis est donc que la présomption Mucienne n'existe plus et que la preuve du prêt devra être mise à la charge du mari ou de ses héritiers. Mais devons-nous admettre le tempérament qu'apportent à leur théorie MM. Aubry et Rau ; en d'autres termes, devons-nous dire, en nous plaçant particulièrement sous le régime sans communauté, que toutes les économies faites au moyen des revenus de la femme appartenant au mari, la preuve à faire par ce dernier ou par ses héritiers résultera suffisamment de l'impossibilité où se trouverait la femme d'indiquer l'origine des deniers remis au vendeur ? Je ne le crois pas, dans le cas du moins où la femme exercerait une profession personnelle ; son art ou son industrie seraient alors la source de revenus qui lui seraient personnels et qui pourraient lui fournir le moyen de payer elle-même son prix d'acquisition ; le mari devrait dans ce cas prouver que c'est lui qui a fourni les deniers.

La Cour de cassation est arrivée par un moyen détourné et sans s'appuyer sur la présomption Mucienne à mettre à la charge de la femme la preuve de l'origine des deniers. L'espèce qui lui était soumise dans l'arrêt du 6 mars 1866 (D. 1866, 1, 126) était celle d'une femme dotale reconnue créancière envers son mari de tous les ca-

pitaux dotaux qu'elle avait au moment de son mariage et qui étaient advenus depuis, et qui voulait en outre le faire déclarer responsable des acquisitions qu'elle avait faites en son nom personnel durant le mariage. La Cour a décidé qu'elle devrait indiquer de quelle nature de fonds ces acquisitions avaient été faites, car ce n'est qu'autant qu'elles auraient une origine extra-dotale qu'elle pourrait en exercer la reprise. Si elles provenaient de capitaux dotaux, c'est de ces capitaux non régulièrement employés que le mari serait responsable et non des acquisitions auxquelles ils ont servi : les deux obligations ne peuvent se cumuler.

Nous trouvons au Code de commerce des règles spéciales en ce qui concerne les immeubles acquis durant le mariage, par la femme, en son propre nom. Les art. 558 et 559 nous apprennent que leur reprise sera subordonnée à certaines conditions de preuve quand elle sera exercée dans la faillite du mari. Il faudra alors démontrer que l'équivalent du bien acquis n'a pas été procuré par le mari, ou plutôt n'a pas fait l'objet d'une donation de la part du mari. Le législateur a craint qu'une fraude concertée entre les époux ait eu pour but de diminuer le gage des créanciers en grossissant à leur dépens les reprises de la femme. Il a empêché ce résultat en refusant de consacrer les avantages directs de mari à femme (art. 564 C. de com.) et pour que le but poursuivi soit obtenu, il a voulu aussi interdire les donations déguisées. Si au lieu d'être simplement débitrice d'une récompense, la femme ne peut reprendre le bien acquis

avec des sommes appartenant au mari, c'est que la donation est nulle et que les créanciers de la faillite du mari sont au nombre des personnes intéressées à en invoquer la nullité. Il est vrai que ce ne sont pas les seules et que les héritiers du mari pourraient aussi méconnaître ces donations déguisées en vertu de l'art. 1099 ; mais leur situation serait sensiblement différente de celle des créanciers. Ils devraient établir la dissimulation, à l'inverse des créanciers qui eux, sont exempts de toute preuve. Le législateur a en effet présumé qu'à l'égard de ces derniers une fraude avait eu lieu ; il a cru à la nécessité de les protéger d'une façon énergique dans des circonstances où le droit commun ne leur eût donné que des moyens de défense trop peu efficaces pour mettre au jour la collusion des époux et en empêcher les effets d'être trop facilement réalisables. Les articles 558 et 559 mettent donc la femme qui veut exercer la reprise des immeubles qu'elle a acquis pendant le mariage dans l'obligation d'établir la sincérité de son acquisition et d'indiquer l'origine des deniers dont elle s'est servie. Supposons donc que la femme veuille reprendre des immeubles acquis en emploi de sommes recueillies par elle à titre de succession ou de donation. L'hypothèse peut se présenter sous la communauté légale (1401, 1°), plus pratiquement sous la communauté réduite aux acquêts, puis sous le régime sans communauté, et sous le régime dotal quand la constitution de dot embrasse les biens à venir, à la condition dans tous ces cas que la clause d'emploi ait été insérée dans le contrat de mariage ; enfin sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal quand les sommes provenant de successions

sont paraphernales sans qu'il soit besoin dans ces deux cas de clause d'emploi. Notre législation n'admet pas, en effet, l'acquisition de propres à titre d'emploi de deniers entrés en communauté sous réserve de reprises à moins que le contrat de mariage ou l'acte de donation ait stipulé cet emploi; il y aurait sans cela dérogation aux conventions matrimoniales qui attribuent à la communauté la propriété des choses fongibles. De même sous le régime sans communauté et sous le régime dotal quand tous les biens de la femme sont dotaux, les sommes d'argent appartiennent au mari, et il me paraît que les mêmes principes mettent obstacle à ce qu'elles puissent servir à constituer au profit de la femme des biens qui lui appartiendraient en propre.

La première preuve que la femme doit apporter est celle de son droit de propriété sur l'immeuble qu'elle veut reprendre. Sur ce point il n'y a pas en notre matière de dérogation au droit commun et la preuve sera faite selon les modes ordinaires, le plus souvent par le titre d'acquisition. Il ne sera pas nécessaire, comme on l'a prétendu, que cet écrit soit authentique : car si la condition de l'authenticité est exigée par l'article 558 pour que l'origine des deniers soit établie, elle ne l'est nulle part pour que le fait de l'acquisition soit prouvé (1). Il suffirait donc d'avoir un acte sous-seing privé dont la date serait certaine (1328).

La femme devra en second lieu démontrer que les deniers qui ont servi à son acquisition ne proviennent pas

1. M. Demangeat, t. 3, pag. 529. M. Boistel, n° 1014. Sirey, 47. 2. 129.

d'une libéralité de son mari. Elle y parviendra en leur donnant pour origine une donation ou une succession qu'elle aurait recueillie pendant le mariage, et en établissant cette origine, nous dit l'article 558 « par inventaire ou par tout autre acte authentique, » par exemple, un acte de partage notarié, un testament, un acte de donation. La Cour de cassation a même décidé (D. 1844, 1, 172) que la mention insérée dans l'acte authentique d'acquisition de l'immeuble qu'il avait été acheté au moyen de sommes provenant de succession, établirait d'une façon suffisante l'origine des deniers. Or que prouvera l'inventaire ou l'acte authentique exigé par la loi ? Non pas assurément le fait de la réception des deniers, mais seulement le droit de les recevoir. Il ne sera donc pas nécessaire que la femme établisse qu'elle a eu les sommes entre les mains ou qu'elle a été payée par les débiteurs de la succession. Et pourtant, semble-t-il, la possibilité de la fraude ne sera écartée qu'à cette condition, et la déclaration d'emploi dont nous allons parler ne sera sérieuse que si la femme est pourvue, si l'encaissement est un fait indubitable. Je ne crois pas néanmoins que la loi se soit montrée à ce point rigoureuse qu'elle ait imposée à la femme une justification aussi difficile à fournir que celle de la réception. Ce n'est pas elle qui le plus ordinairement aura donné quittance aux débiteurs de la succession ; ces quittances émanant du mari sont d'ailleurs entre les mains des tiers, et il me paraît impossible d'exiger de la femme qu'elle les représente. Il n'y a lieu que de lui demander la preuve du droit qui s'est ouvert à son profit.

L'origine des deniers une fois établie, il reste à prou-

ver qu'ils ont bien servi à l'acquisition du bien que la femme revendique. Cette preuve se fera, nous dit l'art. 558, par la représentation du titre d'acquisition dans lequel aura dû avoir été expressément stipulée la déclaration d'emploi. Il n'y a peut être pas là une exigence spéciale, et je crois qu'en ce point l'art. 558 reproduit les conditions exigées de droit commun pour que l'emploi s'opère. L'art. 1434 nous dit, en effet, que le remploi est censé fait à l'égard du mari toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi, et nous trouvons la même prescription dans nos anciens auteurs (Renusson, *Des propres*, chap. IV, sect. 2 ; Lebrun, *De la commun.*, liv. 3, chap. II, dist. 2, n° 62). Un passage de Duplessis (*Commun.*, liv. 2, ch. IV, sect. 2) est même à cet égard absolument formel : « Pour former le remploi, nous dit-il, il faut que le mari, par le contrat d'acquisition qu'il fait de l'héritage, déclare que c'est des deniers provenant de tels propres vendus et qu'il stipule en même temps que ces héritages demeureront propres pour servir de remploi. » Il n'y a rien de plus dans l'art. 558 qui ne nous dit pas autre chose.

La condition d'une déclaration expresse dans l'acte d'acquisition serait d'ailleurs suffisante pour faire preuve de l'emploi ; il ne serait pas nécessaire, dans le cas où le prix est payé postérieurement à l'achat, que la quittance donnée par le vendeur exprimât que le paiement est fait avec les deniers propres que la femme se proposait d'employer. Ainsi l'a décidé la chambre des requêtes par un arrêt du 8 novembre 1886 (Sirey, 87, 1, 61).

L'opinion contraire s'appuyait sur l'art. 1250, 2^o, C. c., relatif à la subrogation d'un prêteur de deniers dans les droits du créancier. Il faut, dit cet article, pour que la subrogation soit valable, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Et alors on raisonne par analogie du cas de subrogation personnelle au cas de subrogation réelle. Ce raisonnement doit être, à mon avis, repoussé, parce qu'il fait abstraction des motifs spéciaux qui, dans le cas de l'art. 1250, 2^o, ont fait exiger la déclaration dans la quittance. Ces motifs sont parfaitement indiqués par Renusson (*Traité de la subrog.*, page 92, n^o 35) : « On a voulu, dit-il, empêcher les fraudes : il arrive souvent que des personnes ayant emprunté des deniers pour acquitter leurs dettes et s'étant obligées de rapporter des quittances d'emploi avec déclaration et subrogation, se faisaient donner des quittances pures et simples, et en même temps faisaient passer des actes séparés contenant déclaration et subrogation au profit de ceux qui avaient prêté leurs deniers, et par ce moyen dissimulaient leurs affaires et les faisaient paraître en un autre état qu'elles n'étaient en effet ; car ayant des quittances pures et simples, ils pouvaient supposer que le paiement était fait de leurs deniers, et sur ce fondement trouvaient facilité à faire de nouveaux emprunts, et dans la suite leurs biens ne se trouvant pas suffisants, ceux qui avaient prêté leurs deniers se trouvaient trompés et frustrés de leur dû. » Il s'agit de toute autre chose dans le cas prévu

par l'art. 558. Des deniers provenant de succession ou de donation pourraient-ils être transformés en immeubles de manière à faire l'objet d'une reprise en nature de la part de la femme? Oui, répond la loi, à condition qu'il n'y ait pas de fraude. Et il n'y en aura pas si, d'une part, une déclaration d'emploi contemporaine de l'acquisition de l'immeuble a empêché que la propriété reposât un seul instant sur la tête du mari et en a investi immédiatement la femme; et si, d'autre part, il est établi par des preuves certaines que la femme a eu réellement des capitaux propres à placer. Voici d'ailleurs quelles seraient les conséquences de la nécessité d'une mention dans la quittance. Il dépendrait du mari qui paie d'omettre la mention et d'enlever ainsi à sa femme le droit qu'elle avait de compter sur l'emploi. Il ne peut dépendre que de la femme, après l'acquisition, de l'accepter comme emploi ou de la refuser.

Nous venons de voir que des preuves rigoureuses étaient exigées de la femme quand elle prétendait dans la faillite de son mari reprendre un immeuble comme l'ayant acquis de deniers provenant de succession ou de donation. Nous devons maintenant nous demander si les mêmes preuves sont exigées d'elle quand elle assigne une autre origine aux sommes déboursées; en d'autres termes, il nous faut rechercher si la présomption légale que les biens acquis par la femme du failli ont été payés par le mari, si cette présomption, dis-je, est aussi difficile à combattre et à faire tomber dans les autres cas que celui déjà prévu. Ainsi la femme prétend qu'une dot lui a été constituée à charge d'emploi, qu'un de ses immeubles

propres a été aliéné et qu'il a été fait emploi du prix ; elle se fonde sur ce qu'un emprunt, un don manuel fait par un tiers, des bénéfices réalisés dans une industrie séparée lui ont fourni les moyens de payer *de suo* l'équivalent du bien acquis. Devra-t-elle dans tous ces cas prouver par acte authentique l'origine des deniers ? La raison de douter c'est que l'article 559 ne se sert pas des mêmes expressions que le précédent, il exige bien de la femme une preuve, mais sans dire laquelle. La question se pose alors de savoir si pour déterminer le sens des mots *preuve contraire* employés par l'article 559, il faut les rapprocher des termes : inventaire ou autre acte authentique employés par l'article 558. Il y a, dit-on, raison identique d'appliquer la même règle dans les deux hypothèses. En effet, la présomption que les biens acquis par la femme du failli ont été payés des deniers du mari est la même pour tous les cas prévus par les deux articles ; on ne comprendrait pas que le législateur se fût montré plus difficile dans un cas que dans l'autre. Ainsi l'a décidé la Cour de Nancy dans un arrêt du 17 janvier 1846 (D. 46, 2, 69). Il y aurait néanmoins lieu, dit-on, de se montrer moins rigoureux quand la femme revendique des immeubles par elle acquis au moyen de deniers provenant d'économies faites sur ses revenus de femme séparée de biens, du produit de son industrie, de dons manuels ou de toute autre cause non susceptible d'être constatée par inventaire ou acte authentique. Ce mode de preuve pourrait alors être suppléé par toute autre preuve abandonnée au pouvoir discrétionnaire des juges. Mais hors de ces hypothèses, quand par exemple la femme prétend avoir ac-

quis des immeubles en emploi de deniers dont elle était propriétaire lors de son mariage, ou en remploi de sommes provenant de l'aliénation d'un propre, l'acte authentique sera nécessaire (1).

Je crois au contraire qu'il faut restreindre les exigences de l'art. 558 à l'hypothèse expressément prévue par ce texte, d'abord parce qu'elles constituent une dérogation au droit commun, et ensuite parce qu'il y avait des raisons spéciales de se montrer rigoureux dans le cas où des immeubles ont été acquis avec des deniers provenant de succession ou de donation. Nous verrons, en effet, plus loin, que la justification des reprises mobilières ayant pour cause une succession, ne peut avoir lieu qu'au moyen d'un acte authentique ; c'est la disposition de l'art. 560. C. de c. Or cette prescription eût été facilement éludée si l'art. 558 ne l'avait pas reproduite ; la femme eût alors repris à titre de remploi ce que la loi ne lui permettait pas de reprendre d'une façon directe. Les exigences de l'art. 558 ont donc eu pour but de compléter l'art. 560, et d'en garantir l'observation. La loi n'ayant pas au contraire soumis à des conditions particulières la reprise des immeubles appartenant à la femme avant le mariage ou recueillis pendant, il n'y avait pas de raison de prendre des précautions spéciales au cas où le prix provenant de ces immeubles à servi à en acheter d'autres. Nous ajouterons que lorsqu'il s'agit de deniers provenant de succession ou de donation, la production d'actes authentiques est chose facile et peut être exigée puisque les forces d'une

1. M. Demangeat, tome 5, p. 530. Dalloz, 1868, 2, 29.

succession sont ordinairement constatées par inventaire et qu'une donation n'est valable que si elle est faite par devant notaires ; mais soumettre la femme aux mêmes exigences quand il s'agit de deniers puisés à une autre source, c'eût été rendre la preuve trop dure et même inutilement rigoureuse.

Nous devons néanmoins signaler un défaut d'harmonie entre les articles 558 et 560 en ce qui concerne les objets mobiliers que la femme s'est constitués par contrat de mariage. Un acte authentique sera exigé pour qu'ils puissent être repris en nature, tandis que cette condition sera inutile à leur reprise sous forme de remploi. Il y a là une anomalie, une lacune de la part des rédacteurs du Code de commerce ; il ne nous est cependant pas possible de la combler ; le caractère exceptionnel que nous avons attribué à l'article 558 et les règles d'interprétation stricte y mettent obstacle.

Si les expressions « preuve du contraire » de l'art. 559 ne doivent pas être interprétées dans le sens de preuve en la forme authentique, il faut pour les expliquer recourir au droit commun. Supposons donc que la femme veuille reprendre un immeuble acquis pendant le mariage et qu'elle s'appuie pour démontrer l'origine des deniers qui ont servi à son acquisition sur un prêt qu'elle a reçu de son mari (1) ou d'un tiers, sur une constitution de dot qui lui a été faite à charge d'emploi, sur la vente d'un de ses pro-

1. Il ne me semble pas que l'art 559 mette obstacle à l'acquisition d'un immeuble au moyen de deniers prêtés à la femme par son mari. L'esprit de la loi est d'empêcher une donation et non un prêt qui ne diminue pas le patrimoine de celui qui le consent et n'appauvrit en rien les créanciers.

pres et le remploi du prix, enfin sur un don manuel venant d'un tiers ou sur des bénéfices faits par elle dans un commerce séparé. A quelles conditions de preuve sera subordonnée la reprise du bien ? Si la femme invoque un prêt, elle en devra faire la preuve par écrit, si la somme prêtée excède cent cinquante francs ; mais il importerait peu que son titre ne fût que sous seing privé. Si elle se prévaut d'une constitution de dot, le moyen le plus simple de la prouver sera d'exhiber son contrat de mariage. Si elle prétend avoir réalisé la vente d'un de ses propres et avoir fait remploi du prix, elle devra justifier selon le droit commun de la propriété du bien qui lui a procuré les deniers, et de la vente dudit bien. Enfin si la femme allèguait un don manuel ou des bénéfices faits dans un commerce séparé, elle serait, je crois, admise à prouver par tous moyens l'origine des deniers, parce qu'elle n'a pu se procurer une preuve écrite (1). Il y aurait lieu de reproduire ici les considérations qui nous ont fait admettre comme suffisante la preuve du droit aux sommes employées sans que la femme soit tenue à établir le fait de la réception. Ainsi, quand la femme allègue comme origine des deniers une constitution de dot, il n'est pas nécessaire qu'elle produise en outre la reconnaissance du mari qu'elle a été payée. De même, en cas de vente d'un de ses propres, elle ne serait pas obligée de rapporter la quittance du prix remis à l'acquéreur. Elle aurait trop de difficultés dans ces hypothèses à représenter les quittances qui se trouvent entre les mains soit du débiteur de la dot soit de l'acquéreur du fonds. Quant à la preuve de

1. Sirey 1884, 2, 136 ; 67, 2, 399.

l'emploi, elle ne pourrait selon moi se faire que par une déclaration stipulée au contrat d'acquisition, c'est, nous l'avons vu plus haut, la condition exigée par le droit commun.

Si, au lieu de se prévaloir d'un achat, la femme réclame un immeuble comme le tenant d'un échange, la distraction se ferait d'après le droit commun, le plus ordinairement par la présentation du titre d'acquisition. Si l'échange a eu lieu avec soulte, l'origine des deniers devra être établie suivant la distinction des articles 558 et 559. Toutefois la sanction du défaut de preuves ne serait pas la même dans tous les cas. A ce point de vue il faudra voir si l'opération ne tient pas plutôt de la vente que de l'échange, et se préoccuper pour cela de l'importance de la soulte. Si elle était inférieure à la valeur de l'objet donné en contre-échange, ce ne serait pas, à mon avis, l'immeuble qui serait attribué à la masse mais seulement le montant de la soulte qui serait due aux créanciers, sans quoi les créanciers réaliseraient aux dépens de la femme un bénéfice injuste.

Supposons maintenant que la femme du failli ayant en propre une part indivise sur un immeuble acquière par licitation pendant le mariage la totalité du fonds. Ne faudra-t-il pas dire que la reprise en nature de ce bien sera subordonnée à la preuve que les deniers dont la femme s'est servie ont une autre origine que la caisse du mari ? La Cour de Cassation a décidé dans un arrêt du 10 nov. 1869 (Sirey, 70. 1. 6) que si la part indivise avait été recueillie dans une succession, la licitation ne serait pas considérée comme une acquisition onéreuse, mais participe-

rait du caractère gratuit de la cause de l'indivision. La conséquence qu'elle a tirée de ce principe n'est pas précisément que la femme pourra reprendre l'immeuble en se fondant sur l'article 557 et sans avoir à prouver le non appauvrissement du mari. Elle a tranché cette autre question que l'hypothèque légale de la femme portait sur la totalité de l'immeuble quand le failli propriétaire par indivis à la suite d'une succession avait acquis ensuite par licitation la totalité du bien. En la forme, les deux questions sont, comme on le voit, différentes, mais au fond elles se confondent ; elles sont toutes deux les conséquences du même principe, et la solution de l'une entraîne celle de l'autre. L'hypothèque légale, en effet, d'après l'art. 563 ne peut pas plus reposer sur l'immeuble acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage que le bien acquis par la femme ne peut être repris par elle si les deniers du mari en ont fourni l'équivalent.

La Cour de Cassation fonde sa décision sur l'article 883. C. c. d'après lequel chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets à lui échus par licitation. Par l'effet rétroactif du partage, la femme sera considérée comme ayant acquis la totalité de l'immeuble soit avant le mariage quand elle en avait à cette époque une part indivise, soit postérieurement, à titre gratuit, quand sa part indivise lui est advenue par succession ; et alors elle s'appuiera pour exercer la reprise du tout sur l'article 557 qui n'exige d'elle aucune preuve spéciale. Ce sera aux créanciers à démontrer que les fonds dont s'est servie la femme proviennent du mari ; mais bien qu'ils aient fait cette preuve, l'im-

meuble n'en pourra pas moins être repris par la femme à la charge pourtant de payer une récompense ; nous avons vu en effet plus haut que l'art. 557 n'était que l'application du droit commun.

Si, par contre, la femme tient sa part indivise d'une cession à titre onéreux, postérieure au mariage, le principe de la rétroactivité du partage aboutira à la placer sous l'empire des art. 558 et 559 comme ayant acquis à titre onéreux depuis le mariage. Supposons d'abord que la preuve de l'origine légitime des deniers n'ait pu être établie ni pour la part indivise primitive ni pour les autres parts postérieurement acquises, la sanction contenue dans nos articles sera susceptible de s'appliquer, et l'immeuble entier pourra être réuni à la masse de la faillite. Si au contraire la preuve de la femme ne faisait défaut que pour une part d'immeuble, cette part seule ne pourrait être reprise et il y aurait indivision entre la femme et les créanciers.

Je ne partage pas sur ces points l'opinion de la jurisprudence. Son système me paraît reposer sur une fausse interprétation de l'article 883 dont la fiction est, selon moi, étrangère au conflit qui s'élève entre la femme du commerçant failli et les créanciers de son mari. Néanmoins j'arrive sur certains points à des conclusions identiques à celles de la jurisprudence en partant d'un point de vue différent. Que l'indivision ait pour origine un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux, l'adjudication au profit de la femme de l'immeuble entier ne me paraît pas devoir être considéré comme un acte suspect, et n'entraîne pas, selon moi, l'attribution à la masse du bien

acquis, même quand il y a doute sur l'origine des deniers. Le partage est un acte nécessaire, il répond au désir légitime de chacun des intéressés de sortir de l'indivision ; quand c'est le mari qui en a fourni les moyens, il me paraît difficile de présumer que son intention ait été de priver frauduleusement les créanciers d'une partie de leur gage et que le déboursé fait par lui constitue autre chose qu'un prêt. Je ne crois donc pas que les articles 558 et 559 s'appliquent à notre hypothèse ; par conséquent la femme pourra reprendre l'immeuble entier sans avoir à prouver qu'elle l'a payé *de suo* ; seulement les créanciers pourraient, d'après le droit commun, prouver qu'une somme est due au mari et en vertu de l'art. 1166 en demander le remboursement à la femme.

Nous appliquerions les mêmes principes dans le cas où la femme a fait des constructions sur un terrain qui lui est advenu à titre gratuit depuis le mariage. Elle serait présumée en vertu de l'art. 553. C. c. les avoir fait à ses frais ; ce serait donc aux créanciers à démontrer que dans l'espèce la présomption est en défaut, qu'en réalité la caisse du mari a fourni les deniers. Si au contraire les constructions avaient été faites sur un immeuble acquis à titre onéreux depuis le mariage, elle tomberaient dans l'actif de la faillite jusqu'à ce que la femme ait, relativement aux acquisitions, apporté les preuves des articles 558 et 559. Si elle réussit à les fournir, il incombera aux créanciers de combattre la présomption de l'article 553. C. c.

CHAPITRE II

REPRISE DES MEUBLES EN NATURE

Quand les époux veulent distraire de la masse leurs propres mobiliers, ils se heurtent à l'article 1499 qui renferme en faveur de la communauté une présomption d'acquêt analogue à celle que nous avons rencontrée dans l'article 1402 et reposant comme elle sur ce motif que dans l'obscurité et l'incertitude il n'y aurait pas plus de raison d'attribuer les meubles à l'un plutôt qu'à l'autre des époux. Il ne faudrait pas, selon moi, chercher une autre explication dans un rapprochement entre les articles 1499 et 2279 C. c., et dire que notre présomption repose sur l'idée que la communauté ayant la possession des meubles est fondée à invoquer la règle : En fait de meubles possession vaut titre (1). Plusieurs raisons m'empêchent d'admettre cette manière de voir ; d'abord la communauté n'est pas une personne morale, on ne peut pas dire qu'elle possède ; ensuite la règle en fait de meubles... a été édictée dans une pensée de protection pour celui qui n'a pu vérifier si la personne de qui il tient le meuble était ou non propriétaire, or ce n'est pas la possession en elle-même que notre présomption est destinée

1. M. Petiet, *De la preuve en matière de reprises matrimoniales*, page 64.

à faire respecter ; son but est de maintenir l'équilibre entre deux intérêts opposés et d'empêcher l'un d'étouffer l'autre. Nous pourrions ajouter que contre l'article 2279 la preuve contraire n'est pas admise, mais nous serions contredits sur ce point par une jurisprudence constante qui n'admet en faveur du possesseur qu'une présomption de propriété *juris tantum*. (Dall. 63, 1, 396 ; 73, 2, 26 ; 85, 2, 111).

Il nous faut maintenant rechercher par quels moyens les époux pourront combattre la présomption d'acquêt. Cette question se présente également en droit civil et en droit commercial, car à l'article 1499 correspond l'art. 560 qui renferme la même présomption. Ce dernier texte offre en outre l'avantage d'une plus grande clarté ; c'est lui que nous allons d'abord étudier. L'hypothèse qu'il prévoit est celle d'une femme qui veut faire valoir ses reprises mobilières dans la faillite de son mari ; elle pourra, nous dit l'article, reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage ou qui lui sont advenus par succession, donation entre-vifs ou testamentaire et qui ne seront pas entrés en communauté, toutes les fois que l'identité en sera prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique.

Les meubles que nous venons d'indiquer sont ceux qui sous le régime de la communauté réduite aux acquêts restent propre aux époux (1498) ; ce sont aussi ceux qui sous les autres régimes matrimoniaux seront l'objet le plus habituel des reprises. Nous verrons que la constitution de dot, les successions et donations ne sont pas les seules sources de meubles propres, mais comme ce sont

les plus fréquentes, nous commencerons par nous occuper d'elles. La nature instable des meubles, le caractère occulte de leur déplacement et la facilité de les substituer les uns aux autres devaient faire exiger qu'on les individualisât et qu'on les décrivît avec la plus grande précision. La nécessité d'une désignation exacte devait surtout se faire sentir dans une matière où le législateur s'est avant tout préoccupé de garantir les créanciers contre la collusion des époux. Aussi l'article 560 a-t-il exigé que la femme fit la preuve de l'identité des meubles qu'elle réclamait avec ceux qu'elle avait apportés en se mariant ou qui lui étaient advenus par succession et a-t-il prescrit comme garantie de sincérité de cette justification la forme authentique. S'il s'agit de l'apport en dot, l'acte authentique exigé par la loi sera le plus souvent le contrat de mariage qui devra énumérer et décrire les objets mobiliers ; ce pourra être aussi l'état estimatif annexé à l'acte de donation en vertu de l'article 948 C. c, ou bien un acte notarié de partage entre la femme et ses cohéritiers. Serait-il nécessaire que l'acte authentique fût contemporain de l'apport des meubles, ou bien pourrait-il être antérieur à cet apport ? en d'autres termes l'inventaire des effets mobiliers advenus à la femme par succession pourrait-il être suppléé par des inventaires dressés après la mort de ceux dont le *cujus* était l'héritier ? En principe, non, car les valeurs que le *cujus* a pu recueillir dans les successions qui lui sont advenues peuvent très bien ne pas avoir été laissées par lui après sa mort et par conséquent n'avoir pas été transmises à la femme héritière. La Cour de Dijon et après elle la Cour de cassation se sont néan-

moins contentées de ces inventaires antérieurs au décès et ont décidé que peu importait à quel moment l'acte authentique avait été dressé (Sir. 85, 2, 25 ; D. 87, 1, 114). Mais dans l'espèce qui leur était soumise, il résultait en fait du rapprochement des actes authentiques avec le contrat de mariage mentionnant l'apport et avec un acte de partage sous seing privé dressé au cours du mariage et ayant date certaine avant la faillite, qu'aucun doute ne planait sur la consistance de la succession recueillie, parce qu'il n'avait été fait état dans l'acte sous seing privé que des valeurs mobilières relatées dans les inventaires précédents. Les deux arrêts dont nous venons de parler ne viennent donc en rien contrarier notre principe.

L'art. 560 a, selon moi, une portée générale ; il embrasse toutes sortes d'objets mobiliers et même les créances nominatives. Il ne faudrait pas distinguer selon que la substitution d'un objet à un autre est plus ou moins à craindre, car le texte ne fait pas de distinction entre les différents effets mobiliers. Si d'ailleurs au lieu d'une reprise en nature, il s'agissait d'une reprise indirecte sous la forme d'un immeuble acquis par le produit d'une créance advenue par succession, l'article 558 imposerait à la femme la forme authentique pour prouver l'origine des deniers ; il n'y a pas lieu de se montrer moins sévère dans le cas d'une reprise directe.

Il est bien entendu et il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point, que le contrat de mariage ne pourrait déroger à l'article 560 et rendre opposable aux créanciers une dispense de justification par la femme (1868, 2, 29, D.). Mais si ceux-ci ne contestaient pas la sincérité des

actes produits par la femme, faudrait-il exiger quand même l'application de l'art. 560, malgré l'absence de tout litige sur la réalité des reprises ? Ne faut-il pas dire au contraire que si la loi s'est montrée rigoureuse quant à la preuve, c'est pour écarter les fraudes et pour empêcher les créanciers d'être trop facilement dépouillés ; or, toutes les précautions sont inutiles quand la légitimité des réclamations de la femme est reconnue par les créanciers. Si ces derniers prétendent ne vouloir invoquer qu'un moyen de droit qu'ils trouvent dans la loi, la femme pourrait, je crois, leur répondre qu'ils s'en sont interdit la possibilité par la reconnaissance qu'ils ont faite de la sincérité des actes et de l'absence de toute fraude. Elle ne devrait pas considérer comme une objection le caractère de présomption *juris et de jure* contenu dans l'art. 560, car toute présomption légale peut être détruite par l'aveu (art. 1352) ; or la reconnaissance des réclamations de la femme ne peut avoir d'autre signification que celle d'un aveu (*Contrà*, Dall., 87, 1, 114.)

De ce que le Code de commerce n'a parlé que de la revendication des meubles advenus à la femme à titre gratuit, il n'en résulte pas que la femme ne puisse jamais être propriétaire de meubles acquis par elle à titre onéreux. Bien au contraire, elle pourrait être titulaire, par exemple, d'actions, d'obligations ou de rentes acquises par elle en emploi de deniers propres, si le contrat de mariage avait autorisé cet emploi. Pourquoi donc l'article 560 n'a-t-il prévu que l'hypothèse de meubles acquis à titre gratuit ? Pourquoi n'a-t-il pas exigé le même mode de justification dans le cas d'une acquisition onéreuse au

sujet de laquelle la fraude était également à redouter ? C'est que la loi n'a prévu que le *id quod plerumque fit*, elle ne s'est préoccupée que de la source habituelle des propres mobiliers en se plaçant tout particulièrement sous la communauté réduite aux acquêts. Il lui a bien fallu aussi tenir compte de ce que les acquisitions de meubles à titre onéreux ne se constatent pas habituellement par acte authentique. Autant cette exigence se comprend quand il s'agit d'acquisitions gratuites, puisque les actes de liquidation ou inventaires de succession se font d'habitude devant notaire et que la validité des donations est soumise à la condition d'un état estimatif (Art. 948), autant elle eût paru dure et coûteuse dans le cas d'une acquisition onéreuse.

Il ne faudrait pas croire cependant dans cette dernière hypothèse que la femme doive se contenter de prouver par les moyens de droit commun sa propriété sur les meubles qu'elle veut distraire; elle devra encore établir qu'au sujet de son acquisition, son mari ne s'est en rien appauvri ; l'article 559 exige en effet cette condition pour toute espèce de reprises, immobilières ou mobilières. L'article 558 serait au contraire inapplicable si le meuble avait été acquis de deniers provenant de succession ou de donation ; l'origine des sommes employées ne devrait pas nécessairement se prouver par acte authentique, car à la différence de l'art. 559, l'art. 558 ne concerne que les reprises d'immeubles. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 11 décembre 1879 (D., 80, 1, 230).

La femme devra en second lieu justifier de l'emploi des

deniers à l'acquisition dont elle se prévaut. Il y a toutefois une difficulté pratique dans la façon de prouver cet emploi à propos de certaines acquisitions, par exemple d'achat de valeurs négociables en Bourse. La déclaration d'emploi ne pourra être dans ce cas stipulée au contrat d'acquisition, puisque ce contrat fait défaut, mais un écrit pourra être spécialement dressé pour la constater. Ce que veut la loi, et là se bornent en somme ses exigences, c'est une déclaration concomitante de l'acquisition.

Il nous reste à étudier un cas de reprises mobilières qui a soulevé sur plusieurs points des controverses ; c'est celui où la femme a stipulé d'une compagnie d'assurances une somme payable par exemple à la mort de son mari. On s'est demandé dans cette hypothèse si la faillite survenant après le décès du mari, la femme aurait droit sans conditions de preuve au capital assuré, à l'exclusion des créanciers du failli, ou bien si préalablement à sa reprise elle devrait établir que les primes n'ont pas été tirées de la caisse du mari. La question ne peut bien entendu s'élever, sous le régime de communauté, que si on reconnaît propre à la femme qui s'est assurée avec l'autorisation de son mari, la créance du capital ; or cette opinion serait contraire à un arrêt de la cour de Caen du 6 décembre 1881 (S. 83. 2. 33). (1). Une seconde con-

1. Nous reconnaissons que tout contrat à titre onéreux fait durant la communauté par le mari ou par la femme autorisée doit profiter à la communauté. Les causes d'acquisition qui durant la communauté font des propres sont exceptionnelles. La question est de savoir si le contrat d'assurance doit être rangé parmi les exceptions au principe rappelé, en d'autres termes s'il est une application de l'idée contenue dans l'art. 1437 qu'un époux peut avec l'argent de la communauté sauvegarder

dition serait de plus nécessaire pour que la question se pose, si l'assurance avait été contractée au profit de la femme par son mari en son nom personnel ; il faudrait admettre qu'en vertu de l'article 1121 C. c. le capital est propre à la femme à l'exclusion des créanciers du mari, et que par suite l'art. 564 C. de c. est inapplicable ; la femme ayant en effet acquis directement et sans intermédiaire le droit au capital assuré est créancière de la compagnie sans être donataire de son mari. (S. 85. 1. 5.) (2)

un intérêt propre. M. Labbé a soutenu l'affirmative (Sirey. 1877. 1. 397) « un époux qui s'assure un capital payable au décès de son conjoint, dit notre savant maître, sauvegarde en sa personne un intérêt d'avenir, un intérêt d'existence après la dissolution de la communauté. Il se fait promettre une indemnité contre la chance que la communauté prématurément dissoute ne lui laisse pas de quoi vivre. » Voir. S. 1877. 2. 33. note de M. Lyon-Caen. *Contrà* M. Bazenet thèse. 1888. *de l'assur. sur la vie contr. par l'un des époux au profit de l'autre*.

2. La stipulation pour autrui en son propre nom est permise quand elle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même. Le mari qui assure sa vie au profit de sa femme ne stipule, il est vrai, rien pour lui-même, partant l'opération devrait être nulle (1119) ; mais comme on l'a dit (Lefort, *Etude sur les contr. d'assur. sur la vie*, p. 45). « L'art. 1121 est énonciatif, la stipulation au profit d'un tiers est également valable toutes les fois qu'elle est la condition d'une obligation que l'on contracte. » Or l'obligation contractée par le mari est celle de payer les primes. La Cour d'Amiens a décidé que le contrat d'assurance intervenu dans ces conditions, constituait au profit de la femme une libéralité frappée de nullité dans les termes de l'art. 564. (Sir. 1888. 1. 421. 88. 2. 49. 88. 2. 177). Il faut, je crois, interpréter tout différemment l'opération. A ce sujet M. Labbé (note sous l'arrêt du 8 mai 88, Sirey, 88. 2. 177). s'exprime en ces termes. « Le contrat d'assurance au profit d'un tiers est sans doute suggéré par des sentiments de bienveillance à l'égard de ce tiers ; on peut même trouver dans la volonté de l'assuré stipulant, une intention généreuse qui ressemble à l'*animus donandi* ; mais le contrat ne renferme pas une donation, ne renferme pas une véritable libéralité ; car le stipulant ne se dépouille pas, ne s'appauvrit pas de ce dont il fait profiter autrui. Il négocie un contrat dont un autre aura le bénéfice ; mais ce bénéfice procuré sortira de la caisse de la Compagnie et non de la caisse de l'assuré stipulant., le stipulant n'a pas ac-

Ne faudra-t-il pas dire dans ces conditions qu'en vertu de l'art. 559 ce bien sera présumé avoir été payé des deniers du mari et devra être réuni à son actif si la femme ne prouve pas le contraire ? (S. 83. 2. 33). Que le contrat d'assurance ne soit pas entré dans les prévisions du législateur de l'article 559, tout le monde est d'accord sur ce point ; il reste à savoir si les termes généraux de l'article ne pourraient pas le comprendre, puisque toutes les acquisitions onéreuses faites par la femme sont présumées payées des deniers du mari. (Dall. 80. 2. 252). Je ne crois pas, malgré ces raisons, que l'article 559 soit applicable en notre matière. Le législateur n'ayant pas songé aux assurances, on ne peut leur étendre les dispositions de notre article que par analogie de motifs ; or cette analogie n'existe pas entre la vente, par exemple, et le contrat d'assurance. La stipulation d'indemnité est un acte moral et prévoyant qui ne cache pas une donation frauduleuse. Le paiement des primes ne doit pas être considéré comme un détournement d'actif, il représente un prélèvement fait sur le revenu que le mari aurait pu impunément dissiper. Enfin le failli n'a pas mis dans le patrimoine de sa femme une valeur équivalente à celle dont il a diminué le sien et si l'opération s'exécutait au profit des créanciers, elle ne serait pas seulement la réparation du

quis pour lui d'abord une valeur dont il dispose ensuite. Il convient avec la Comp. que celle-ci paiera directement à sa mort un capital à sa veuve. » Cette dernière solution vient d'être adoptée par la cour de Cassation dans un arrêt du 23 juillet 1889 cassant la décision de la cour d'Amiens. (*Le Droit* 23 juillet 1889. *La Loi*, 12 novembre 89).

dommage éprouvé par eux, mais constituerait encore un enrichissement injustifiable. Le seul moyen d'empêcher que les créanciers souffrent de l'opération, c'est de leur restituer les primes, c'est-à-dire les seules valeurs qui soient sorties du patrimoine du failli (Sirey, 80, 2, 249). Mais qui devra prouver que le mari en a fait le déboursé ? ce ne sera pas, je crois, la femme, car l'article 559, inapplicable dans sa sanction, ne peut être invoqué dans aucune de ses dispositions ; il est indivisible. La charge de la preuve incombera donc aux créanciers, d'après le droit commun.

Demandons-nous maintenant quels sont les moyens de preuve que le droit commun offre aux époux, quand ils prétendent à la reprise en nature de meubles à eux propres et qu'ils veulent en démontrer l'identité. C'est de cette question que s'occupe l'article 1499. Voilà comment il s'exprime : « Si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt ». La présomption d'acquêt en faveur de la communauté est donc nettement posée ; reste à savoir si elle est de même nature que dans l'article 1402 et si elle admet la preuve contraire par tous les moyens de droit commun. La raison de douter c'est que deux procédés seulement sont indiqués pour la combattre, l'inventaire et l'état en bonne forme. Nous devons donc nous demander si la disposition de l'article 1499 est limitative ou simplement énonciative. Plusieurs opinions ont été émises sur cette question ; nous les exposerons successivement avant d'arriver à celle qui a nos préférences.

D'après M. Laurent (1), il serait d'abord inexact de dire que l'art. 1499 établit une présomption légale de propriété ; cet article ne s'occupe que de la justification de l'apport ; or on ne conçoit guère d'autre preuve de l'apport qu'un état qui décrit les effets mobiliers apportés par les époux. Un acte de vente constatant que l'époux a acheté tels meubles prouverait bien qu'il en a acquis la propriété, mais ne prouverait pas qu'il a apporté le mobilier en mariage ; c'est pourquoi la loi exige un état descriptif du mobilier dressé par un officier public au moment où l'apport est effectué. Un inventaire sous seing privé, même enregistré avant le mariage, ne suffirait pas ; car lorsque la loi exige un inventaire elle parle toujours d'un acte authentique par l'excellente raison que l'inventaire est destiné à prévenir les contestations qui pourraient s'élever sur la consistance du mobilier. Si l'article 1499 dérogeait à la règle, cette exception aurait dû être consignée dans le texte ; dans le silence de la loi, il faut s'en tenir à la pratique universelle. Par la même raison, l'état en bonne forme dont parle l'article 1499 doit s'entendre d'un état authentique : tel est l'état estimatif qui doit accompagner les donations mobilières (art. 948) ; un compte de tutelle sous-seing privé serait insuffisant. Il ne faudrait pas tenir compte d'après M. Laurent, de cette objection que l'article 1502 autorise une justification plus simple de l'apport, soit une déclaration du mari portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur soit une quittance donnée par le mari à la femme ou à

1. *Principes de dr. civ.*, tome 23, nos 172 et suiv.

ceux qui l'ont dotée. Il importe peu, en effet, à l'interprète qu'il y ait analogie entre la clause d'apport et la clause de réduction de la communauté aux acquêts ; il n'a pas le droit de confondre les deux clauses alors que le législateur les a séparées ; il ne lui appartient pas de transporter la disposition de l'article 1502 dans la communauté d'acquêts pas plus qu'il ne pourrait transporter l'article 1499 dans la clause d'apport. Il n'y a pas à raisonner par analogie là où le législateur a décidé. La même solution est donnée par M. Laurent, qu'il s'agisse du mobilier présent ou du mobilier futur, car l'art. 1499 repousse formellement toute distinction. Donc tout mobilier réclaté par les époux doit être constaté par inventaire, sinon il est réputé acquêt et compris dans la masse partageable. L'article 1504 décide, il est vrai, qu'à défaut d'inventaire la femme ou ses héritiers sont admis à faire preuve soit par titre, soit par témoins, soit même par commune renommée de la valeur de ce mobilier ; mais il est impossible d'appliquer à la communauté d'acquêts une règle établie pour la clause de réalisation malgré l'analogie qui peut exister entre elles. Le raisonnement par analogie a pour objet de combler une lacune de la loi ; on y recourt quand le législateur n'a pas manifesté clairement sa volonté ; or au point de vue qui nous occupe, son intention n'est pas douteuse. Quand le mobilier des époux n'a pas été inventorié, il est acquêt, dit l'art. 1499, sans distinguer entre le mari et la femme, sans admettre celle-ci à la preuve par commune renommée. Il faut donc s'en tenir à la décision de la loi, sans se préoccuper de mettre d'accord deux articles qui ont

un domaine d'application spécial et distinct. Dans l'opinion de M. Laurent il n'y aura pas non plus de distinction à faire selon que l'époux qui veut exercer ses reprises a en face de lui son conjoint ou bien les créanciers de ce dernier, car l'article 1499 est conçu en termes généraux et absolus.

Mon intention n'est pas de réfuter quant à présent le système que je viens d'exposer. Je voudrais seulement établir que l'article 1499 ne vise qu'une question de propriété, d'identité, et non une question d'apport. Autant en effet la preuve de l'apport se comprend et doit être exigée de l'époux qui se prétend créancier de la communauté, autant elle s'explique peu quand l'époux n'a rien mis en communauté, quand il a stipulé au contraire que son mobilier présent et futur resterait sa propriété. Si en second lieu l'art. 1499 parle d'inventaire, c'est qu'un état descriptif tranchera à merveille la question d'identité, beaucoup mieux, je crois, qu'il n'aurait prouvé l'apport.

Presque tous les auteurs et avec eux la jurisprudence admettent l'existence au profit de la communauté d'une présomption d'acquêt dont l'article 1499 serait l'expression. Cette présomption, dans ce système, ne serait pas absolue, mais les moyens de la combattre varieraient suivant que le débat s'élèverait entre les époux ou leurs héritiers, ou bien entre l'un des époux et les tiers. S'il s'agissait de régler les rapports des époux entre eux, il faudrait distinguer entre le cas où la reprise a pour objet du mobilier présent et celui où elle aurait pour objet du mobilier futur (1), puis dans cette dernière hypothèse

1. Ces expressions désignent soit le mobilier qui appartenait aux

sous distinguer si le revendiquant est le mari ou la femme. Mais pourquoi, dira-t-on, faire ces distinctions que l'article n'annonce pas. C'est, dit M. Colmet de Santerre (1), que ce texte « n'a pas voulu entrer dans le détail des diverses hypothèses, établir des règles différentes suivant les personnes entre lesquelles s'engage la contestation, et en évitant ces détails il a été conduit à donner une formule inexacte parce qu'elle est trop générale. » Il ne faudra donc appliquer l'article 1499 que dans les cas où une autre disposition n'y aura pas dérogé. L'article serait exact par rapport à l'un et à l'autre des époux quand il s'agit du mobilier présent ; la présomption pourrait être combattue non pas, il est vrai, d'après le droit commun mais seulement par un inventaire ou un état en bonne forme. Cette exigence s'explique, dit-on, très bien, car les époux ont dû, avant le mariage, assurer leurs droits en faisant faire un inventaire ; l'absence de cet acte est le résultat d'une faute dont ils devront supporter les conséquences.

L'essentiel est de savoir ce qu'il faut entendre par « état en bonne forme. » Au lieu de prendre cette expression, ainsi que le fait M. Laurent, comme synonyme d'état notarié, la jurisprudence en étend le sens à tout acte écrit. Il faut en effet remarquer que le but du législateur, manifesté par l'art. 1498, n'a pas été de se montrer particulièrement rigoureux au point de vue de la preuve, mais de se contenter d'une justification qui serait de nature à éclairer suffisamment le juge. Sur ce

époux au moment de la célébration du mariage, soit celui qui leur est advenu pendant le mariage.

1. *Cours analytique*, tome 5, page 338.

point, les tribunaux seront souverains appréciateurs ; il leur appartiendra d'autoriser la reprise des meubles toutes les fois que la propriété leur paraîtra avoir été établie (1). Voyons jusqu'où la jurisprudence est allée dans cette voie. La cour de Paris s'est contentée dans un arrêt du 8 décembre 1858 (Dall., 59, 2, 18) d'un commencement de preuve par écrit accompagné de présomptions de l'homme, et a décidé que les meubles trouvés lors de la dissolution de la communauté d'acquêts dans une maison appartenant en propre à la femme devaient, malgré le défaut d'inventaire, lui être exclusivement attribués s'il était établi par des procès-verbaux de liquidation d'une première communauté que la maison au jour du mariage était garnie d'un mobilier et que d'autre part il n'était pas dénié qu'aucun mobilier n'avait été apporté dans cette maison par le mari.

La Cour de cassation a déclaré propre à la femme une créance constatée dans un billet souscrit avant le mariage, mais non compris dans l'état des biens dressé à cette époque, parce qu'il résultait du billet et de la déclaration affirmative faite par le souscripteur dudit billet devant le juge de paix, que cet effet avait été souscrit au profit de la femme avant son mariage (D. 25, 1, 412).

Un arrêt de la chambre des requêtes du 14 mars 1877 a également décidé qu'il suffisait au mari de représenter les états qu'il dressait chaque année de sa fortune per-

1. Dall., 1823, 4, 412 ; 63, 1, 66 ; 1873, 4, 241 ; 1877, 4, 353 ; *Gaz. du Palais*, 1888, 1, 664.

sonnelle pour pouvoir reprendre, par exemple, les actions d'une compagnie industrielle (D. 77, 1, 353).

Enfin la cour de Poitiers, le 15 novembre 1865 (D. 66, 2, 68), a déclaré qu'un état descriptif et estimatif dressé par acte sous-seing privé pendant le mariage serait l'équivalent de l'état en bonne forme de l'art. 1499. En effet, dit l'arrêt, « il n'est nulle part exigé que l'état ait été dressé avant la célébration du mariage, et il ne résulte d'aucune disposition de la loi que pendant la durée de l'union conjugale, la femme n'ait point capacité suffisante pour reconnaître au profit de son mari la nature et l'importance des objets mobiliers qui pouvaient appartenir à ce dernier, au moment où elle a été contractée. » Il n'y aurait pas là, non plus, disent MM. Rodière et Pont (*Cont. de mar.*, n° 1266), une modification apportée aux conventions matrimoniales; cette constatation, faite peu de temps après le mariage, ne devrait pas être considérée comme attribuant après coup la qualité de propres à des objets mobiliers tombés en communauté faute d'état; ce serait plutôt une mise à exécution des conventions matrimoniales.

Les époux ne seraient pas admis, bien entendu, à suppléer au défaut d'inventaire par la preuve testimoniale; il leur faudrait au moins un écrit pour établir leur propriété au moment du mariage. C'est ce qu'a formellement décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 20 août 1884 (Sir. 85, 1, 127).

Quand il s'agit du mobilier échu aux époux pendant le mariage, c'est l'art. 1504 C. c. qu'on doit consulter pour savoir à quelles conditions la reprise peut en être exer-

cée ; l'hypothèse y est expressément prévue. Ce texte fait, il est vrai, partie d'une autre section que celle de la communauté réduite aux acquêts ; on ne doit pas néanmoins hésiter à l'invoquer, parce que la clause de réalisation est contenue dans la clause réduisant la communauté aux acquêts. En voici les termes : « Le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage doit être constaté par un inventaire. A défaut d'inventaire du mobilier échu au mari, on d'un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise. Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ce mobilier. » Cette décision s'explique, dit-on, très facilement. Quand une succession échoit à la femme pendant le mariage, c'est le mari qui doit en faire l'inventaire, puisqu'il a l'administration des biens de la femme ; celle-ci a dû compter sur lui, et il ne peut pas lui opposer que la constatation du mobilier échu est irrégulière, puisque cette irrégularité est la conséquence de sa propre faute. La femme doit donc être admise à prouver par tous les moyens possibles et notamment par la commune renommée, la propriété du mobilier qui lui est échue pendant le mariage (1). La faveur que la loi accorde à la femme doit, par contre, être refusée au mari qui doit n'imputer qu'à lui d'avoir omis l'inventaire et à qui sa négligence ne peut profiter. Toutefois, l'inventaire

1. M. Colmet de Santerre, t. 6, p. 338.

pourrait être suppléé par un acte équivalent et pouvant justifier de la consistance du mobilier. Ce sera aux tribunaux à examiner dans chaque espèce si l'écrit présenté par le mari constitue à ce point de vue une preuve suffisante. Il a été jugé (1) qu'un acte de partage, les registres domestiques du défunt, satisfaisaient aux conditions de l'art. 1504. L'hypothèse d'une reprise en nature par le mari doit être peu pratique, car bien peu d'arrêts la prévoient; par contre, de nombreuses décisions judiciaires examinent le cas d'une reprise en valeur; nous les retrouverons quand nous parlerons de l'exercice par les époux de leurs droits de créance. Nous ne trouvons également qu'un seul arrêt qui ait fait à la femme revendiquante l'application de l'art. 1504; il s'agissait dans l'espèce de la reprise en nature de rentes sur l'État; la Cour d'Angers l'a autorisée en se fondant sur l'ensemble des actes et documents qui lui étaient soumis et dont elle a considéré qu'il lui appartenait de faire une appréciation souveraine (2). La Cour de cassation a partagé cette opinion.

Si le débat sur la preuve s'élevait entre l'un des époux et les créanciers de l'autre, il faudrait d'après la jurisprudence et la presque unanimité des auteurs, (3) un acte authentique pour combattre la présomption d'acquêt, sans qu'il y ait à distinguer entre le mari et la femme, ni entre le mobilier présent et le mobilier futur. Sur ce

1. Dall., 79, 1, 420. Aubry et Rau, tome 5, § 522, p. 451.

2. Dall., 75, 1, 33.

3. Aubry et Rau, t. 5, page 457, note 29. M. Colmet de Santerre, t. 6, n° 162 *bis*, VI. Rodière et Pont, t. 2, n° 1265 à 1274. *Contra* M. Bufnoir à son cours et dans une note insérée dans Sirey, 1883, 1, 23.

point l'article 1499 doit être complété par l'article 1510 dont voici l'hypothèse. Les futurs époux veulent, tout en faisant tomber dans la communauté leur mobilier présent et à venir, que cette communauté ne soit pas chargée de leurs dettes ou de celle de l'un d'eux. Pour que cette clause ait effet à l'égard des tiers, il faut que le mobilier apporté ou échu pendant le mariage ait été constaté au moyen d'un inventaire ou d'un état authentique. Cette constatation peut se comprendre de deux manières. Si l'inventaire ou l'état authentique établit quel est le mobilier de l'époux débiteur, les créanciers ne pourront saisir que cela. Si l'inventaire ou l'état a pour objet le mobilier de l'époux qui n'est pas le débiteur des créanciers poursuivants, ce mobilier constaté régulièrement sera soustrait à l'action des créanciers et le reste pourra être saisi par eux, car ce reste contient tout ce qui provient de l'époux débiteur. Cette seconde façon de constater le gage des créanciers rentre dans les expressions larges de l'article ; le second alinéa y fait même allusion. Si le mobilier apporté par les époux, dit-il, n'a pas été constaté par un inventaire, les créanciers pourront poursuivre leur paiement sur « le mobilier non inventorié ; » ces mots seraient inutiles s'ils ne désignaient pas le mobilier de l'époux non débiteur. L'inventaire de ces meubles sera donc le moyen indispensable de les distraire de la saisie.

« Le troisième alinéa de l'art. 1510, dit M. Colmet de Santerre, (tome 6, pag. 381) admet précisément cette influence d'un inventaire constatant non pas ce que les créanciers peuvent saisir, mais ce qui est soustrait à leur

action. » Il permet de soustraire à la poursuite des créanciers le mobilier qui serait échu aux époux pendant le mariage, en en dressant l'inventaire. Or cet inventaire ne peut-être que celui des biens du non débiteur ; il est destiné à empêcher qu'ils ne tombent dans la masse et soient confondus avec ceux qui servent de gage aux créanciers.

Il faut donc conclure de ces observations que la seule preuve opposable aux créanciers, qu'il s'agisse du mobilier présent ou du mobilier échu pendant le mariage est un acte authentique. Rien de plus logique du reste que cette exigence. Elle se justifie par la nécessité reconnue par le législateur de protéger les créanciers contre des fraudes qu'eût rendue fréquentes la trop grande facilité de preuve. Elle est destinée à empêcher que l'un des époux ne grossisse aux dépens des créanciers le patrimoine de l'autre.

La jurisprudence est absolument constante pour refuser aux époux le droit de prouver la consistance de leur mobilier autrement que par un acte authentique, quand ils demandent à le reprendre en nature. (Dall., 53, 2, 191 ; 67, 2, 213 ; Sir. 55, 1, 506 ; 70, 2, 85 ; 72, 1, 326 ; 72, 2, 132 ; 77, 1, 169 ; 80, 2, 53 ; 85, 1, 126 ; 85, 2, 25). Cette règle est considérée comme étant d'ordre public et par suite comme ne pouvant être éludée par la convention. Les époux ne pourraient dans leur contrat de mariage, se réserver les modes de preuve autorisés par l'art. 1504. (Sir. 36, 2, 472 ; Dall., 68, 2, 29 ; 70, 2, 80 ; 73, 2, 166.) Il existe néanmoins en sens contraire un arrêt de la cour de Poitiers du 16 décembre 1868, qui a décidé

que cette stipulation devait recevoir son exécution, par application du principe de la liberté des conventions matrimoniales écrit dans l'art. 1387, d'autant mieux qu'elle ne renferme aucune surprise pour les tiers qui ont pu et dû consulter le contrat avant de traiter avec le mari.

Selon la jurisprudence, la théorie du Code civil aurait servi de modèle aux rédacteurs du code de commerce qu'il auraient purement et simplement reproduite, en tant du moins qu'elle se rapporte à l'hypothèse pratique d'une reprise exercée par la femme dans la faillite de son mari. A cet égard il n'y aurait aucune différence entre l'art. 560 C. de c. et l'art. 1499 complété par l'art 1510 ; dans les deux cas le législateur se serait également préoccupé de l'intérêt des créanciers en limitant rigoureusement l'admission de la preuve à un acte authentique.

J'avoue ne pouvoir me rallier ni à l'un ni à l'autre des deux systèmes que je viens d'exposer, parce qu'ils ne tiennent pas un compte suffisant de l'origine historique des dispositions qu'ils invoquent, et qu'ils font ainsi intervenir dans la discussion des textes qui y sont étrangers. Je crois donc que l'art. 1499 doit suffire à trancher la question qui nous occupe, parce qu'il est le seul à la prévoir. Cet article, selon moi, se suffit à lui-même dans quelque hypothèse qu'on se place, soit que la revendication porte sur du mobilier présent ou sur du mobilier futur, car il vise expressément les deux hypothèses, soit qu'il s'agisse des rapports des époux entre eux ou des rapports des conjoints avec les tiers, car les termes de l'article sont généraux et ne font pas de distinction.

Avant de donner les motifs qui nous ont décidé à éli-

miner de la discussion les art. 1504 et 1510, nous devons nous demander si, d'une façon générale, la présomption d'acquêt contenu dans l'article 1499 est au nombre de celles qui peuvent être combattues par tous les moyens de droit commun, ou si ces moyens sont restreints à un inventaire ou un état en bonne forme. C'est l'histoire seule qui peut éclairer le sens de ces expressions et nous montrer que leur portée n'est pas limitative. A cet égard, notre article est le résultat d'une évolution dont nous allons essayer d'esquisser les phases.

Au seizième siècle, l'inventaire me paraît avoir été exigé; nous en trouvons la preuve dans le *Traité des droits de justice* de Bacquet, (tome 1, ch. 21, n° 105) auquel nous empruntons ce passage. « Et la susdite confection d'inven-
« taire, n'a lieu seulement ès-cas susdits (c'est-à-dire quand
« les époux veulent être séparés de dettes) mais même est
« nécessaire d'une part et d'autre quand l'homme et la
« femme ont contracté mariage, aux biens et droits qui
« leur appartiennent, qu'ils promettent apporter l'un avec
« l'autre dedans le jour de leur mariage et épousailles;
« sans toutefois que les biens qui ainsi seront par eux et
« chacun d'eux portés l'un avec l'autre soient aucunement
« communs entre eux, ni que l'un des futurs mariés ni
« leurs hoirs et ayants cause y puissent prétendre ou de-
« mander l'un sur l'autre aucun droit, part et portion,
« mais seront iceux biens repris par chacun desdits fu-
« turs mariés ou leurs héritiers au jour de la dissolution
« de leur futur mariage tels et ainsi que chacun d'eux
« les auront portés l'un avec l'autre ensemble. Et à cette
« fin les futurs conjoints feront inventaire de ce qu'ils

« apporteront ou récolement de leurs inventaires en la
« présence de chacun d'eux. »

A l'époque suivante, c'est-à-dire vers le milieu du dix-septième siècle, l'inventaire n'était déjà plus le seul moyen de preuve ; plusieurs passages de nos anciens auteurs en font foi. Auzanet dans son commentaire de l'art. 220 de la coutume de Paris, (Tit. X, de la *communauté*, page 156) écrivait ce qui suit : « Si par contrat de mariage il est
« convenu que le total ou une partie des effets mobiliers
« des deux conjoints ou de l'un d'eux, leur tiendra nature
« de propre, la convention n'aura aucun effet, s'il n'en a été
« fait inventaire avant la célébration du mariage ; et, en
« défaut d'inventaire, celui en faveur duquel la stipula-
« tion a été faite ne reprendra que ce qu'il justifiera par
« écrit lui avoir appartenu lors du mariage. »

L'article 14 du titre 32 des *Arrêts* de Lamoignon (page 185) relatif à la société d'acquêts adjointe au régime dotal est ainsi conçu : « Et néanmoins s'il n'a été fait in-
« ventaire en la forme ci-dessus avant le mariage, les
« meubles droits et effets mobiliers qui appartiendront à
« chacun des conjoints entreront en la société conven-
« tionnelle à la réserve de ceux que l'on justifiera par écrit
« leur avoir appartenu au temps des épousailles. »

Argou formule la même règle dans son *Institution au droit français* (liv. 3, chap. 8, page 93). Il nous dit d'abord que dans les pays de droit écrit tous les biens de la femme qui ne sont pas apportés en dot sont paraphernaux, puis il ajoute : « S'ils consistent en meubles, la femme en les
« apportant dans la maison du mari lui en doit faire si-
« guer un état afin d'avoir une preuve qu'ils lui appar-

« tiennent légitimement, car la loi veut qu'on presume
« tout appartient au mari, à moins qu'il n'y ait preuve
« du contraire. »

Au milieu du dix-huitième siècle, Valin, (*Cout. de la Rochelle*, tom. 2, n° 681), écrivait ce qui suit : « Entre
« conjoints tout doit être présumé conquêt sauf la preuve
« du contraire. Mais est-il nécessaire que cette preuve soit
« par écrit. Il n'y a pas d'apparence à cause du danger
« de la suppression des titres; il est plus raisonnable
« d'admettre la preuve par témoins pourvu qu'elle porte
« sur des faits précis, savoir que le bien était avant le
« mariage dans la possession de celui qui le réclame et
« qu'il était réputé le posséder en qualité de propriétaire,
« ou bien encore que le bien lui est échu par succession
« d'un tel qui en était censé le vrai propriétaire. De tels
« faits étant prouvés, ils doivent faire adjuger le bien
« à celui qui le revendique comme propre. »

Dunod (1) nous dit que de son temps les hommes en se mariant ne faisaient presque jamais l'inventaire de leur mobilier « soit par rapport à la peine que cet inventaire donnait, soit à cause des frais du contrôle et autres. » Puis il ajoute que : « L'arbitrage du juge a beaucoup de part dans le règlement de ce qui doit être prélevé, lorsque les preuves ne sont pas spécifiques sur chaque meuble en particulier ou sur leur espèce. »

Dans le ressort du Parlement de Bordeaux, on ne faisait presque jamais non plus d'inventaire. Salviat rapporte une attestation du barreau de Bordeaux dans lequel le

1. *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, chap. 7, page 397.

fait est certifié (Jurisp. du Parl. de Bordeaux, pag. 5 et 17). Par quelle preuve y pourra-t-on suppléer? « Lors-
« qu'un contrat de mariage, dit Salviat, porte une société
« d'acquêts au profit des enfants qui naîtront du mariage,
« il n'est pas nécessaire de rapporter après le décès du
« père ou de la mère un état des biens qui appartenaient
« aux futurs conjoints avant leur mariage, il suffit aux
« enfants nés dudit mariage de rapporter les contrats
« d'acquisition passés durant le mariage, parce qu'on ne
« fait presque jamais ces sortes d'états en se mariant. »

Maleville a même prétendu (Analyse de la discussion au conseil d'Etat, tome 3, page 351) qu'à Bordeaux on suppléait à l'omission d'inventaire par des présomptions. Les meubles étaient censés appartenir à celui des époux dans la maison duquel l'autre était venu s'établir. Si chacun avait son domicile meublé, ils étaient présumés appartenir par moitié à chacun, si aucun n'avait de domicile meublé, ils étaient présumés acquêts. Ces présomptions qui suppléaient au défaut d'inventaire, ne s'appliquaient toutefois que lorsque les époux étaient dans l'impossibilité de prouver autrement leur propriété, et la preuve contraire pouvait se faire par témoins. »

Est-il vraisemblable, étant donné l'état de la question à la fin de notre ancien droit, que les rédacteurs du Code civil revenant en arrière, aient fait de l'inventaire la condition indispensable des reprises? Est-il possible qu'ils aient fait aussi complète abstraction de la jurisprudence du Parlement de Bordeaux à laquelle ils n'empruntaient pas sans doute la clause réduisant la communauté aux acquêts, mais qui leur offrait une analogie incontestable,

par la stipulation d'une société d'acquêts, avec le régime matrimonial des pays de coutume? Je ne le pense pas; et voici, à mon sens, comment doit être interprété l'article 1499 qui aurait dû être ainsi conçu: « Le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis, sera réputé acquêt. » Cette présomption est une de celles dont parle l'art. 1350 2° en vertu desquelles la propriété ou la libération résulte de certaines circonstances déterminées. Ces circonstances consistent ici en ce que la destination de toute association conjugale est de faire pour elle-même des acquisitions pendant sa durée. Or toute présomption légale admet la preuve contraire par les moyens de droit commun, à moins qu'elle ne soit *juris et de jure*. Mais quelles sont les présomptions absolues? à quels signes les reconnaît-on? En ce qu'elles ont pour conséquence immédiate et directe soit l'annulation de certains actes, soit la dénégation de toute action en justice (Art. 1352). L'article 1499 dénie-t-il aux époux l'action contre la présomption d'acquêt? Non assurément d'une façon absolue. La refuse-t-il tout au moins quand elle ne s'appuie pas sur un inventaire ou un état en bonne forme? Si telle eût été la pensée du législateur, il eût ainsi, je crois, rédigé l'art. 1499: Si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis n'a pas été constaté par inventaire, il sera acquêt. C'eût été une réaction bien marquée contre la doctrine de nos anciens auteurs, mais il eût fallu la subir. Au lieu de cela notre article pose une présomption reproduite de l'ancien droit qui depuis longtemps n'exigeait plus l'inventaire pour la faire tomber; il s'en suit que le Code civil n'a pas voulu se montrer plus rigoureux

que les anciens jurisconsultes. Nous déciderons donc que la preuve contraire devra être fournie conformément au droit commun. Mais que signifient les mots inventaire ou état en bonne forme ? Quel a été le but de leur insertion dans l'art. 1499 ? La loi a voulu, il me semble, émettre une recommandation, indiquer aux parties le meilleur moyen d'établir à la fin du mariage l'identité de leurs meubles propres, afin d'en pouvoir, à coup sûr, exercer la reprise. La loi procède quelquefois de la sorte. Ainsi l'article 1504, 1^o, qui semble indiquer comme indispensable à remplir l'obligation de faire inventaire, dispose ensuite qu'à défaut d'inventaire, les époux auront d'autres moyens d'exercer la reprise de leur mobilier. De même l'inventaire est indiqué par l'art. 1499 comme le moyen usuel et véritablement efficace de renverser la présomption d'acquêt ; s'il fait défaut, les intéressés subiront la conséquence de leur imprévoyance en ce qu'ils éprouveront plus de difficultés à démontrer que les meubles qu'ils réclament leur sont propres ; mais la loi n'a pas voulu aller au-delà, en n'accordant qu'à l'inventaire la vertu de faire tomber la présomption.

Il ne faudrait pas, à mon avis, faire de distinction suivant que l'époux demandeur voudrait exercer sa reprise contre l'autre époux ou contre les tiers. La preuve sera de la même nature, ni plus ni moins difficile dans les deux cas. D'abord l'article 1499 ne distingue pas ; et l'article 1510 dont la jurisprudence et la grande majorité des auteurs prétendent tirer argument, n'a pas, ainsi que je vais essayer de le démontrer, à intervenir dans la question qui nous occupe.

Cet article déroge à l'art. 1409 qui fait tomber dans la communauté toutes les dettes mobilières des époux, mais il n'autorise cette dérogation qu'à une condition c'est que les apports du conjoint séparé de dettes aient été inventoriés. Il ne parle comme nos anciens auteurs que de l'inventaire de ces apports. Ainsi Bourjon (*Dr. com. de la Fr.*, tome 1, page 554) disait : « Pour rendre la clause de séparation de dettes efficace contre les créanciers de la femme, l'état de ses biens est nécessaire. » De même Ferrière (sur le tit. X, *Cout. Paris*, art. 222, tome 3, page 130, n° 4) : « En leur représentant l'inventaire, il (le mari) en est quitte envers eux; et ils n'ont pas sujets de se plaindre, parce qu'il leur rend tous les biens qu'il a reçus de leur débitrice. »

L'analyse du texte a été il est vrai poussée plus loin, et les auteurs ont cru trouver dans le second et dans le troisième alinéa de l'article la preuve qu'on pouvait indifféremment se servir de l'un ou de l'autre des inventaires rédigés par les époux pour faire valoir à l'égard des créanciers la clause de séparation de dettes stipulée du chef de l'un seulement. Les expressions du paragraphe 2 pouvaient, en effet, faire illusion ; j'accorderai même que les mots « mobilier non inventorié » sont inutiles dans l'opinion où je me place, mais je n'en persiste pas moins à croire qu'ils désignent le mobilier du conjoint débiteur et que, comme l'a dit M. Bufnoir (1) « les biens dont l'inventaire est prescrit pour limiter le droit de poursuite des créanciers ne sont nullement ceux

1. En note sous un arrêt de la Cour de Dijon, Sirey, 1883, 2, 23.

qu'on prétend soustraire à leur action. » J'estime donc que quand il n'y a pas eu inventaire du mobilier présent de l'époux séparé de dettes, les créanciers peuvent se faire payer sur les apports mobiliers de l'autre époux quand même ces apports mobiliers auraient été, eux, constatés par inventaire. Ces apports tout inventoriés qu'ils sont, sont tombés en communauté et comme tels ils sont le gage des créanciers. Mais objecte-t-on, si la communauté est tenue, c'est parce que les créanciers peuvent soutenir que tous les biens qui en font partie proviennent de leur débiteur. Or l'état des biens du conjoint non séparé lui permet de combattre cette prétention puisqu'il rend possible la reconstitution du patrimoine seul affecté aux droits des créanciers. Ces derniers n'ont rien de plus à prétendre puisqu'ils sont sûrs de pouvoir exercer leur saisie sur tout ce qui provient de leur débiteur. Je réponds que si l'inventaire du mobilier de l'époux non séparé indique bien qu'il ne provient pas du débiteur, il ne démontre pas que la communauté ne s'est pas enrichie des apports mobiliers du débiteur ; or tant que cette preuve n'est pas faite, le communauté est débitrice sur tous ses biens.

Prenons maintenant le dernier alinéa de l'art. 1510 et voyons s'il fait allusion, comme on l'a prétendu, à l'inventaire constatant ce qui est soustrait à l'action des créanciers. Pour l'expliquer, il faut, dans l'opinion de M. Colmet de Santerre, supposer que les époux n'ont pas inventorié leurs biens présents, mais qu'au cours de la communauté une succession étant advenue au conjoint non séparé de dettes, un état authentique en a été

dressé. Le mobilier qui y sera constaté ne pourra être saisi par les créanciers qui, à cause de l'absence d'inventaire au commencement de la communauté, auraient droit sur l'intégralité des biens de communauté (1). Cette façon d'interpréter l'article se comprend très bien si l'on admet que le défaut d'inventaire du mobilier du conjoint séparé de dettes laisse à l'autre époux le droit de soustraire à l'action des créanciers le mobilier inventorié de son chef. Si l'on n'accepte pas cette opinion, il faut expliquer autrement la disposition de l'article. Or nous prétendons qu'elle est en parfaite harmonie avec l'explication que nous avons donnée du second alinéa. Un passage de Pothier. (*Comm.* n° 363 et 364) indique bien l'enchaînement des idées. Il suppose que la séparation de dettes a été stipulée du chef de la femme. Pour qu'elle soit opposable à ses créanciers, un inventaire doit avoir été rédigé par le mari et cet inventaire doit comprendre les biens mobiliers apportés en mariage. « Le mari doit aussi compter aux créanciers des biens mobiliers qui seraient échus à sa femme depuis le mariage, de même que de ceux compris en l'inventaire. » Autrement dit, pour que la communauté ne soit pas poursuivie par les créanciers de la femme il faut que tout ce qui peut faire l'objet de leur gage ait été inventorié ; il suffirait qu'une partie ne l'ait pas été, pour que la clause de séparation de dettes soit inefficace, et pour que la communauté soit obligée de rendre compte de son enrichissement. (2)

1. M. Colmet de Santerre, tome 6, n° 176 bis, III.

2. Lebrun. *De la Comm.* page 304, § 27. — Renusson *De la Comm.* page 80, n° 19.

C'est cette idée qu'on retrouve sous une forme très claire dans le projet de la commission de l'an 8 (Fenet, tome 2, page 329) « Mais la clause est sans effet à l'égard des créanciers qui peuvent suivre leur paiement sur les biens de la communauté, si lors du contrat de mariage il n'y a point eu d'inventaire ou d'état annexé au contrat, du mobilier apporté par les époux, et s'il n'y a point eu d'inventaire fait pendant le mariage du mobilier qui leur est échu depuis. »

L'article 113 du projet du Conseil d'Etat était ainsi conçu : « La clause par laquelle les époux stipulent qu'ils paieront séparément leurs dettes personnelles, les oblige à se faire, lors de la dissolution de la communauté, respectivement état des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées par la communauté à la décharge de celui des époux qui en était débiteur. — Cette obligation est la même, soit qu'il y ait eu inventaire ou non ; mais s'il n'y a point eu d'inventaire ou d'état, soit du mobilier apporté par les époux, soit de celui qui leur serait échu pendant la communauté, les créanciers de l'un ou de l'autre des époux peuvent sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié comme sur tous les autres biens de la communauté. »

Il paraît que ce second paragraphe n'était pas clair ; c'était du moins l'avis de la section de législation du Tribunat. Voici ses observations contenues dans Locré (tome 13, page 255). « A l'égard du deuxième paragraphe, il ne présente pas assez de précision ni la nécessité que l'inventaire ou état du mobilier apporté par les époux soit fait avant le

mariage ni que cet inventaire ou état soit fait par un acte authentique, afin d'éviter des fraudes dans la suite ». C'est dans ces vues que la section propose de substituer au deuxième paragraphe du projet de loi la rédaction suivante : « cette obligation est la même soit qu'il y ait eu inventaire ou non. Mais si le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié comme sur tous les autres biens de la communauté. — Les créanciers ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'a pas été constaté pareillement par un inventaire ou état authentique. » Cette rédaction est devenue celle de l'article 1510. Elle est évidemment plus obscure qu'auparavant, mais si l'on considère que le Tribunal n'a voulu préciser que deux points, à savoir que l'inventaire devait être fait avant le mariage et qu'il devait être authentique, et qu'à tous autres égards le projet du Conseil d'Etat le satisfaisait complètement, la pensée de la loi ne laisse aucun doute. Les expressions du troisième paragraphe : les créanciers ont le même droit... signifient : Ils ont le droit de poursuivre la communauté si le mobilier échu aux époux pendant le mariage n'a pas été pareillement constaté par un inventaire.

Nous arrivons donc en définitive à cette conclusion que l'article 1510, ne parle d'autre état authentique que de celui du mobilier de l'époux séparé de dettes et qu'il ne

prescrit point au conjoint non débiteur l'obligation d'inventorier ses meubles pour les faire échapper à la saisie des créanciers de son conjoint. Cette observation a beaucoup d'intérêt si l'on suppose non plus une clause de séparation de dettes isolée de toute clause de réalisation, mais si ces stipulations sont réunies, si les conjoints sont mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts. L'article 1510 sera applicable, l'inventaire devra comprendre même le mobilier réalisé pour que la communauté ne soit pas en lutte aux poursuites des créanciers antérieurs au mariage. En effet, bien qu'en droit chaque conjoint n'apporte rien en capital à la communauté, il y a confusion de fait du mobilier des deux époux et par suite, si l'inventaire fait défaut, impossibilité de justifier aux créanciers du non enrichissement de la communauté aux dépens du patrimoine de l'époux débiteur. Je dis donc que l'observation faite plus haut a beaucoup d'intérêt dans cette hypothèse ; et en effet, à la différence de ce qui avait lieu quand la séparation de dettes était isolée, l'époux non débiteur aura, sous la communauté réduite aux acquêts, des meubles propres qui pourront être soustraits par lui aux créanciers de son conjoint. Lui faudra-t-il un inventaire ? Non, d'après nous, puisque l'article 1510 ne lui impose pas l'obligation d'en dresser un ; il suffira donc qu'il justifie de sa propriété selon le droit commun.

Les règles que nous venons de tracer ne s'appliqueraient toutefois, selon nous, qu'à la femme. Elle seule peut opérer, à l'encontre des créanciers de son mari, la distraction de ses meubles propres. Le mari ne pourrait

pas soustraire son mobilier aux poursuites des créanciers de la femme, quand cette dernière n'a pas inventorié ses meubles. C'est là une conséquence de ce principe qu'à l'égard des tiers la communauté ne se distingue pas du mari ; les biens personnels de ce dernier sont toujours engagés du moment où la communauté est débitrice. Le mari aurait beau les avoir inventoriés, il ne pourrait pas les soustraire à l'action des créanciers de la femme, car il ne peut pas plus renoncer aux charges que lui impose son titre de chef de la communauté, qu'il ne pourrait renoncer à ses pouvoirs. Un passage de Bourjon exprime en termes formels le principe (*Dr. comm., de la France*, tome 1, page 554), « Pour rendre la clause de séparation de dettes efficace contre les créanciers de la femme, l'état de ses biens est nécessaire, et au défaut d'icelui, il (le mari) peut être poursuivi par les créanciers pour la totalité : cela résulte du principe ci-dessus posé : faute d'état, il y a confusion, et la confusion assujettit le mari. » Plus loin : « Dans ce cas, faute d'état qui constate le montant des biens de la femme, le mari, nonobstant la clause de séparation de dettes peut donc être poursuivi pour la totalité des dettes de la femme, antérieures au mariage, sauf l'indemnité contre elle et qu'on a vu ci-dessus ; c'est en ce cas le seul droit qu'elle procure au mari, mais nulle décharge envers les créanciers, tant que le mariage dure ; la confusion à laquelle il s'est livré et dont il n'a pas voulu se tirer par un état, fonde invinciblement cette action contre lui. »

Il nous reste à écarter quelques objections qui ont été faites au système que nous défendons (1). On nous op-

1. M. Petiet, *De la preuve en matière de reprises matrimoniales*.

pose certains passages de nos anciens auteurs. « Quand au contrat de mariage, dit Duplenis, (1) il y a clause exclusive de communauté, il n'est point nécessaire de la clause de séparation des dettes, puisque cette première est encore plus forte ; mais je tiens qu'à l'égard des créanciers il faut aussi un inventaire pour justifier la séparation réelle, nécessaire à leur égard et alors il sera quitte en représentant l'inventaire ; et cet inventaire servira aussi à la femme pour revendiquer ses effets si on les faisait saisir avec ceux du mari. » Duplessis nous indique que l'inventaire sera nécessaire pour que le mari puisse faire valoir à l'égard des créanciers de sa femme même séparée de biens, la clause de séparation de dettes, il ne nous dit pas qu'il sera indispensable à l'exercice des reprises dirigée contre les créanciers. Il constate sa double utilité, mais ne me semble pas intervenir dans la question qu'on lui fait trancher.

Je ferai la même observation au sujet d'un autre passage du même auteur (page 423). « Quand les conjoints stipulent qu'il n'y aura point de communauté, il est encore nécessaire, à l'égard des créanciers de la femme, d'un inventaire, afin que le mari ne puisse être inquiété par eux ; et il ne sera pas aussi inutile à la femme, pour justifier ce qui lui appartient, en cas qu'il arrive des saisies sur le mari ; parce que, *in dubio*, tout ce qui serait dans la maison serait présumé appartenir au mari. » Sans doute, l'inventaire sera très utile à la femme pour justifier de sa propriété, personne ne le conteste ; mais il faut remarquer que cet inventaire n'a pas été rédigé

1. *Traité sur la cout. de Paris*, tome 1, page 406.

spécialement dans ce but, mais avant tout pour rendre opposable aux créanciers la clause de réparation de dettes. L'utilité qu'il acquiert par la suite est accidentelle ; Duplessis la constate sans y insister autrement.

Faisons à notre tour une objection au système opposé (1). Il se fonde sur l'art. 1510 pour interdire à la femme dépourvue d'inventaire le droit d'exercer ses reprises à l'encontre des créanciers de son mari. Or, cet article ne vise que les créanciers antérieurs au mariage du mari séparé de dettes. Sur quel texte alors va-t-on s'appuyer pour imposer à la femme l'obligation d'un acte authentique dans le cas où elle se trouvera en conflit avec les créanciers du mari postérieurs à la célébration du mariage ? Il n'y en a aucun. Il faudra donc, dans ce cas, revenir forcément au droit commun et appliquer l'art. 1499. Mais alors cette interprétation conduit à créer entre les divers créanciers du mari des distinctions absolument contraires à la logique. Les créanciers les mieux traités seront les créanciers antérieurs au mariage, tandis qu'ils devraient être précisément les moins favorables, n'ayant pu compter pour être remboursés, sur le mobilier de la femme ; cependant un acte authentique sera nécessaire à la distraction de ce mobilier. Quant aux créanciers qui ont traité avec le mari pendant le mariage sur la foi du mobilier qu'ils savaient être aux mains du mari, ils devront subir la revendication de la femme munie seulement des preuves du droit commun. Voilà assurément un résultat que le législateur n'a pu vouloir consacrer.

1. M. Petiet, p. 38 et 39.

Enfin votre système, nous dit-on, laisse sans protection les droits des créanciers. Rien ne sera plus facile aux époux que de grossir à leur préjudice le patrimoine du non débiteur et de leur enlever ainsi tout ou partie de leur gage. Je ne nie pas qu'en législation la nécessité de garantir les créanciers contre les fraudes concertées entre les époux doive être reconnue. Le Code de commerce en a, comme nous l'avons vu, tenu compte dans une large mesure, à propos du droit des femmes dans la faillite de leur mari. Mais je crois qu'une protection spéciale n'a pas été accordée aux créanciers en dehors de ce cas, et que la simple déconfiture n'a pas, à ce point de vue, préoccupé le législateur. Il y a entre deux situations analogues une différence peut-être critiquable, mais je ne crois pas possible de combler cette lacune. Les seules armes dont pourront, selon moi, disposer les créanciers pour se protéger seront l'art. 1167 et le droit de prouver la fraude par tous moyens.

Je crois, et c'est le second point que je veux essayer d'établir, que l'art. 1499 régira aussi bien le cas où les époux veulent reprendre en nature le mobilier qui leur est advenu pendant le mariage que celui où ils prétendent à la reprise de leur mobilier présent. Le texte ne se prête en effet à aucune distinction, il est on ne peut plus catégorique. « Si le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis, dit-il, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. » Nous avons cependant encore contre nous la grande majorité des auteurs qui enseignent et la jurisprudence qui décide que l'art. 1499 ne doit pas se prendre à la lettre,

qu'il est trop absolu et qu'il doit être corrigé par l'art. 1504 relatif à la clause de réalisation (1). Or, cet article parlant de la reprise du mobilier échu aux époux pendant le mariage, distingue suivant que la revendication en est faite par la femme ou par le mari. Si la revendication émane de la femme ou de ses héritiers, et que le mari n'ait pas fait constater par un inventaire régulier la consistance des successions à elle échues, celle-ci ou ses héritiers pourront établir cette consistance par toute espèce de preuve, par témoins et même par commune renommée. Cette disposition doit être étendue à la communauté d'acquêts, parce qu'au point de vue des biens qui restent propres aux époux, les deux régimes sont analogues. Elle se justifie d'ailleurs parfaitement par cette raison que pendant le mariage la femme a une situation subordonnée, qu'elle est dans l'impossibilité de faire constater elle-même la consistance des successions qu'elle a recueillies, et qu'à ce titre elle mérite que la loi lui facilite la preuve de ses reprises quand la faute du mari, administrateur de son patrimoine, la laisse dépourvue d'un inventaire qui seul établirait ses droits d'une façon péremptoire. — Si la revendication émane du mari, la loi ne l'autorise à se servir que des moyens de preuve dont il devait se prémunir ; s'il n'a pas fait constater régulièrement la consistance des successions à lui échues pendant le mariage, il doit supporter les conséquences de sa faute, et il n'y a aucune raison de lui accorder la preuve par témoins ou par commune renommée.

1. M. Colmet de Santerre, tome 6, page 343.— Aubry et Rau, tome 3, page 451.

Malgré ces raisons, il me paraît difficile d'admettre l'opinion que je viens d'exposer. « Particulièrement, dit M. Bufnoir, (1) il serait peut-être difficile de montrer comment le législateur, traitant dans deux textes aussi rapprochés l'un de l'autre de la preuve des apports réalisés, dans un cas, par la réduction de la communauté aux acquêts, dans l'autre par une clause de réalisation, aurait, sans rien dire, tranché la question, ici sous un certain aspect, là sous un aspect différent ». Si en effet, le législateur avait eu l'intention qu'on lui prête, il aurait distingué dans l'article 1499 entre le mari et la femme, ou il aurait renvoyé quant au mobilier futur à l'art. 1504 au lieu de dire en termes absolus que le mobilier futur non inventorié est présumé acquêt. Quant à l'idée de protection des intérêts de la femme, elle est certainement exacte en soi, et le législateur y a songé, mais il a estimé qu'elle trouvait une satisfaction suffisante dans les principes du droit commun, et particulièrement dans l'article 1348 qui accorde le droit de prouver par témoins à quiconque s'est trouvé dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale : c'est bien le cas de la femme. Si la loi lui accorde une protection plus large en lui permettant la preuve par commune renommée, c'est dans une hypothèse déterminée où il était nécessaire d'aller jusque-là pour que ses droits fussent absolument sauvegardés. Quand il a été possible de s'en passer, le législateur ne l'a pas admise. Or je prétends démontrer que l'art. 1504 ne vise pas la preuve de l'identité des meubles, c'est-à-dire la reprise en nature : « le cas spécial sur lequel il statue, dit M.

1. Note précitée.

Bufnoir (1), est celui d'une clause d'apport impliquant
« réalisation tacite de tout le mobilier qui excède l'ap-
« port promis, et assurant au conjoint la reprise, non pas
« en nature, mais en valeur de cet excédent. La preuve à
« faire porte alors non plus sur l'identité de tels ou tels
« biens mobiliers, mais sur la consistance en actif et en
« passif d'une masse mobilière versée en fait dans la
« communauté, pour liquider en argent la reprise du con-
« joint. L'art. 1504 organise la preuve à faire pour l'e-
« xercice du droit de reprise, dans les termes de l'art.
« 1503. Ainsi disparaît de la manière la plus simple toute
« apparence d'antinomie entre l'art. 1499 et l'art. 1504.
« Il ne saurait y avoir aucune contradiction entre deux
« textes qui s'occupent de deux questions aussi différen-
« tes. Autrement la contradiction n'existerait pas seule-
« ment pour la femme admise à prouver par tous moyens
« à défaut d'inventaire, la consistance de la succession
« mobilière qu'elle a recueillie ; la contradiction n'exis-
« terait pas moins pour le mari, car l'art. 1504 n'ayant
« plus à s'occuper d'une question d'identité, l'admet lui-
« même à défaut d'inventaire à établir par un autre titre
« (qui pourrait être, par exemple, un acte de partage
« sous seing privé), la valeur nette de la succession
« qui lui est échue. »

Nous allons maintenant établir la relation qui existe entre les art. 1503 et 1504. Ces textes sont tirés d'un passage du traité de la communauté de Pothier, où il s'occupe de la convention d'apport. (Partie I. chap. 3, n° 287).

1. Note précitée, Sir. 83, I, 23.

« Il est très ordinaire dans les contrats de mariage, nous
« dit Pothier, que chaque conjoint promette apporter à la
« communauté une certaine somme déterminée ; c'est ce
« que nous appelons la convention d'apport. L'effet de
« cette convention est que le conjoint se rend, par cette
« convention, débiteur envers la communauté de la
« somme qu'il a promis y apporter, de manière que
« si lors de la dissolution de communauté elle n'est
« pas entièrement acquittée, il doit faire raison à la
« communauté de ce qui s'en manque. » Ajoutons, pour
compléter l'idée : Si l'époux débiteur a payé à la com-
munauté au delà de ce qu'il lui devait, il en sera cré-
ancier. Au paragraphe suivant, Pothier nous parle de ce
que le conjoint peut imputer sur la somme qu'il a pro-
mis d'apporter à la communauté, c'est-à-dire des choses
qui ont été reçues par la communauté en paiement de
la somme promise et ont acquitté le conjoint d'autant de
cette somme. Ces choses qui s'imputent sur la somme
que le conjoint a promis d'apporter en communauté sont
tous les effets mobiliers que le conjoint peut justifier avoir
eu lors de son mariage. Ce peut être aussi les objets mo-
biliers qui lui adviendront par succession, donation ou
legs, quand par contrat de mariage il se les est réservés
propres ; « et en ce cas on doit faire, dit Pothier, jusqu'à
« due concurrence, compensation de la somme que le
« conjoint a promise apporter à la communauté, et dont
« il est débiteur envers elle, avec la reprise qu'il a droit
« d'exercer sur la communauté, pour le montant du mo-
« bilier qui lui est advenu durant la communauté, à ti-
« tre de succession, donation ou legs. » C'est sur le pied

de la valeur qu'avaient au moment où ils sont tombés en communauté les effets mobiliers du conjoint, qu'ils doivent être imputés sur la somme promise pour son apport. Pothier, n° 289). Pour connaître cette valeur, il faut bien entendu, déduire les dettes qui pouvaient grever ce mobilier ; c'est ce que nous dit l'article 1504 2°.

Dans ce paragraphe 2, Pothier s'occupe des moyens à employer par le conjoint quand il veut justifier qu'il a fourni à la communauté la somme qu'il a promis d'y apporter. « C'est au conjoint qui a promis apporter à la
« communauté une certaine somme, à justifier de la quan-
« tité de son mobilier qui y est entré ; faute de quoi il
« demeure débiteur envers elle de la somme qu'il a pro-
« mis y apporter. » C'est notre article 1501. « Cette quan-
« tité du mobilier peut se justifier par le contrat de ma-
« riage... Il y a à cet égard une différence à observer en-
« tre l'homme et la femme : le contrat de mariage qui
« contient la déclaration faite par la femme de la quantité
« de son mobilier doit être quittancé par le mari, qui
« doit reconnaître avoir reçu de sa femme cette quan-
« tité de mobilier. A l'égard du mari, entre les mains de
« qui, comme chef de la communauté, est le mobilier qu'il
« a promis apporter ; comme il ne peut se donner quit-
« tance à lui-même, la déclaration de la quantité de son
« mobilier, qui est portée par le contrat de mariage, suf-
« fit seule pour établir qu'il avait effectivement ce mo-
« bilier. » L'article 1502 reproduit complètement ce pas-
sage de Pothier.

Notre article 1504 *in fine*, ne correspond, il est vrai, à aucun passage de l'art. 2, relatif à la convention d'ap-

port, mais c'est pour une raison bien simple dont l'explication se tire de Pothier lui-même. C'est que Pothier n'admettait pas le conjoint, en règle générale, et « lorsqu'il ne s'est pas expliqué du contraire par le contrat de mariage » à imputer sur la somme qu'il a promise pour son apport le mobilier qui lui advient durant le mariage par succession, car c'est sur les biens présents qu'il s'oblige de fournir à la communauté la somme qu'il a promise pour son apport. La convention contraire était toutefois permise, et Pothier y fait même allusion au n° 296 *in fine*. Notre article 1504 allant plus loin trace des règles pour le cas où par contrat de mariage le conjoint s'est réservé propre ce qui lui adviendrait par succession. Elles ne sont pas identiques à celles que Pothier donnait au n° 300 à propos du mobilier présent, mais peu nous importe, quant à présent du moins. L'essentiel est de remarquer que parmi les modes de preuve indiqués au n° 300 figure la commune renommée que Pothier eût à *fortiori* admise pour établir la consistance du mobilier futur.

Cette preuve par commune renommée n'est accordée par la loi que dans les cas où il s'agit de prouver la consistance et la valeur soit de la communauté dans l'hypothèse de l'art. 1442, soit d'une succession dans l'hypothèse de l'art. 1415. La loi suppose dans ce dernier texte qu'une succession partie mobilière et partie immobilière est échue à l'un ou à l'autre des époux. Les dettes dont elle est grevée, nous dit l'art. 1414, se diviseront entre l'héritier et la communauté eu égard à la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles. Un inventaire au-

quel le mari devra faire procéder règlera la portion contributoire de l'héritier dans les dettes ; à défaut d'inventaire, quand ce défaut préjudiciera à la femme, elle pourra prouver (1) au besoin par la commune renommée, la *valeur* du mobilier non inventorié.

Remarquons que cet inventaire imposé au mari en ce qui touche les successions échues pendant le mariage, n'est pas simplement exigé au point de vue de la répartition des dettes entre la communauté et l'héritier ; il est encore prescrit pour que la femme puisse à tous autres égards faire preuve de la consistance du mobilier. Supposons par exemple que la femme ayant stipulé qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendrait franc et quitte son mobilier futur ; si une succession lui échoit et qu'elle renonce à la communauté, elle ne pourra reprendre ses apports que déduction faite de ses dettes personnelles (art. 1514) ; à défaut d'inventaire, la preuve par commune renommée lui servira à établir l'actif net dont elle se prétend créancière.

Les cas pour lesquels la loi a autorisé la preuve par commune renommée sont donc très restreints. En dehors d'eux rien ne nous autorise à employer ce mode de justi-

1. Il arrivera souvent même si la succession est échue à la femme, qu'elle n'aura aucune preuve à faire. Supposons en effet qu'elle ait accepté cette succession avec autorisation de justice et que le mari n'ait pas fait d'inventaire, la communauté sera obligée de payer les dettes de la femme (art. 1416). A la dissolution de la communauté, ce sera le mari qui devra établir le montant de la récompense due à la communauté, la femme sera défenderesse. Pour que la femme eut la preuve à sa charge, il faudrait supposer que c'est aux dépens de ses propres que les créanciers ont obtenu leur paiement, que, par exemple, c'est le prix de vente d'un de ses immeubles qui a servi à désintéresser les créan-

fication; d'ailleurs les dispositions qui l'autorisent sont particulièrement rigoureuses pour la partie dont les prétentions sont combattues par cette preuve et pour cette raison elles ne doivent pas être interprétées d'une façon extensive. Dans les hypothèses prévues par les articles 1415 et 1504 le mari qui n'a pas fait rédiger d'inventaire a commis une faute plus grave que dans le cas de l'art. 1499, et cette négligence a paru au législateur mériter une punition plus sévère puisqu'elle mettait la femme dans l'impossibilité d'établir autrement le chiffre de ses reprises. Si le meuble existe encore en nature à la dissolution de la communauté, la propriété de ce corps certain apparaîtra généralement; en tous cas, les moyens de preuve du droit commun suffiront largement, nous l'avons vu, à trancher les difficultés et les incertitudes, s'il s'en élève. Qu'au contraire le mari ait négligé de fixer par un inventaire, au moment où la communauté la reçoit, la consistance active et passive d'une succession dont la femme, par exemple, a stipulé la reprise franche et quitte, cette dernière sera, lors de la dissolution, totalement dépourvue de moyens précis pour établir le chiffre de ses droits. La valeur d'un objet est, en effet, chose tellement instable qu'elle peut varier plusieurs fois en sens inverse dans un temps limité; le seul moyen de la connaître d'une façon exacte eût été de la préciser par un inventaire au moment de son entrée en communauté. Le mari chargé des intérêts de sa femme est en faute de les avoir négligés; le législateur lui inflige une sorte de peine en autorisant contre lui tous les moyens de preuve, même les plus incertains comme la commune renommée.

Les règles que nous avons tracées sur la preuve de l'identité du mobilier s'appliqueront sans difficulté aux époux sous le régime sans communauté et sous le régime dotal à la femme quand elle est restée propriétaire des biens dotaux. (Aubry et Rau, t. 5, page 512. Laurent, t. 23, n° 424). S'appliqueront-elles également sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal pour les biens paraphernaux, en ce sens d'abord que les créanciers du mari ou de la femme pourront saisir tout le mobilier qui est en la possession du mari, sauf au conjoint qui n'est pas débiteur à demander la distraction du mobilier qu'il justifiera être le sien? La négative est soutenue par M. Laurent (1), d'après lequel les créanciers de l'un ou de l'autre des époux devront faire la preuve que le mobilier qu'ils saisissent est celui de leur débiteur. Sans doute il y a confusion de fait entre les deux mobiliers, mais il n'y a pas, dit M. Laurent, confusion de droit, à la différence de ce qui se passe dans la communauté et même dans le régime exclusif de communauté, où les meubles sont juridiquement confondus dans les mains du mari, à titre de propriétaire ou d'usufruitier. La conséquence de ce que sous le régime de séparation de biens le mari n'a aucun titre à la possession du mobilier de la femme, sera que les créanciers de cette dernière ne pourront pas dire que le mobilier qu'ils trouvent au domicile du mari est celui de leur débitrice. La saisie qu'ils pratiquent supposant que le mobilier saisi appartient à la femme, ils devront prouver cette propriété. « Il

1. Tome 23, n° 448.

« en serait de même, dit M. Laurent, des créanciers du
« mari, car rien ne prouve que le mobilier qu'il détient
« lui appartienne plutôt qu'à sa femme. Or, c'est à ceux
« qui agissent de faire la preuve, et non à ceux contre
« lesquels on agit ».

Je ne partage pas cette opinion. Si en effet, il n'y a pas confusion de droit du mobilier des deux époux, il y a tout au moins une confusion de fait, un mélange qui suffit pour autoriser l'action des créanciers sur le tout. Il appartiendra au conjoint non débiteur de demander la distraction des objets saisis de la propriété desquels il devra justifier dans les termes de l'article 1499 tel que nous l'avons interprété. (Aubry et Rau, tome 5, page 520, note 8).

Dans les rapports des époux entre eux, la preuve de l'identité des meubles sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal pour les biens paraphernaux, pourrait, selon MM. Aubry et Rau, se faire par témoins même pour une valeur supérieure à cent cinquante fr. (1) (t. 5, pages 521 et 639). Les époux ayant conservé, en pareil cas, disent ces auteurs, la possession civile de leur mobilier respectif, la question de savoir si tel ou tel objet appartient au mari ou à la femme, n'est plus qu'une question de fait pur et simple, susceptible d'être établie par témoins ». Cette opinion me paraît conforme à la loi, à la condition toutefois d'y apporter un tempérament pour le cas où c'est le mari qui a administré les biens paraphernaux (art. 1539 et 1578). La femme devra dans ce cas établir son droit de propriété, et les règles du droit commun lui seront applicables.

1. Sir., 1859, 2, 75.

DEUXIÈME PARTIE

REPRISES EN VALEUR.

CHAPITRE PREMIER

HYPOTHÈSES DE RÉCOMPENSE.

Un cas très fréquent de reprises est celui où les époux prétendent qu'une indemnité leur est due par la communauté parce qu'elle s'est enrichie ou qu'elle a été avantagée aux dépens de leurs propres. La communauté, a, par exemple, touché le prix de vente de bois de haute futaie provenant d'une forêt propre non mise en coupe réglée ; ou bien elle s'est appropriée le produit des carrières ou mines ouvertes pendant le mariage dans le domaine d'un des époux (art. 1403). Dans un partage d'immeubles, l'un des conjoints a reçu une soulte ; cette soulte versée dans la caisse commune sera de même l'origine du droit de ce conjoint à une récompense. Dans toutes les hypothèses de ce genre, c'est à l'époux de justifier de sa créance en prouvant l'enrichissement de la communauté et le chiffre auquel il s'élève. Cette preuve devra être faite suivant le droit commun, puisque nous ne trouvons pas de disposition qui y ait dérogé. Quelques difficultés s'élèvent cependant dans

l'application du principe. Examinons-les, en supposant que l'époux fonde son droit à une récompense sur la vente d'un de ses propres. A cet égard, il y a, nous dit Pothier, une différence entre le mari et la femme. (*Introd. au titre de la Cout. d'Orléans*, chap. 5 n° 116). « Le mari ne peut
« prétendre sur la communauté, la reprise que de ce qui
« y est entré, au lieu que la femme a la reprise du prix
« de ses propres vendus pendant la communauté, quoi-
« que le mari n'en ait pas été payé, si c'est par sa faute
« et sa négligence qu'il ne l'a pas été. La raison est que
« le mari étant l'administrateur des biens propres de sa
« femme, est tenu envers elle de la négligence qu'il a
« commise dans le recouvrement qu'il était tenu d'en
« faire, et il charge la communauté de cette obligation
« que sa négligence lui fait contrater envers sa femme ». Le mari devra donc justifier, par une quittance par exemple, que le prix de son bien lui a été payé. Devra-t-il, en outre, établir que la communauté a reçu la somme par son intermédiaire ; ou bien par cela seul qu'il l'a touchée, est-il censé l'avoir versée dans la caisse commune ? Je ne crois pas, qu'à cet égard, il faille lui imposer aucune preuve. Le mari doit être, en effet, présumé, en vertu de ses pouvoirs d'administrateur, agir dans l'intérêt de la communauté et employer à la satisfaction des besoins de l'association conjugale les sommes reçues. Ce serait à la femme à rapporter la preuve qu'il en a retiré un profit personnel. (Dall. 65, 1, 66; 87, 1, 70. 73, 1, 29. Sir. 32; 1, 641. Aubry et Rau, tome 5, pag. 360).

Quand c'est, au contraire, la femme ou ses héritiers qui réclament une récompense pour le prix de propres

aliénés, on ne peut raisonnablement exiger d'eux que la preuve de l'aliénation. Le mari est, en effet, administrateur des biens personnels de la femme ; il est donc présumé avoir reçu le paiement du prix, si ce prix était exigible. S'il ne justifie pas de diligences par lui faites inutilement pour le recouvrement du prix, la femme en exercera la reprise. Le bon sens suffirait d'ailleurs à imposer cette solution. Le mari ayant le droit de recevoir le prix seul et sans le concours de sa femme, par quels moyens celle-ci pourrait-elle se procurer la preuve du paiement. D'ailleurs l'art. 1450, C. c. nous dit que le mari est garant du défaut d'emploi du prix du bien aliéné pendant le mariage quand la vente a été faite en sa présence. S'il en est ainsi quand la femme est séparée de biens, il ne peut en être autrement sous le régime de communauté ; je dirai même que l'art. 1450 devra *a fortiori* s'appliquer puisque la femme n'a pas sous ce régime l'administration de ses biens (Sir. 53. 1. 161).

Il n'y aurait pas lieu de déroger à ces règles dans le cas où l'article 553 C. de c. est applicable, en d'autres termes quand le mari étant commerçant depuis l'époque du mariage, sa femme viendrait invoquer dans sa faillite son hypothèque légale pour la reprise du prix d'un propre aliéné. Il ne serait pas nécessaire qu'elle prouvât la réception des deniers par le mari puisque l'art. 563 n'exige que la preuve de l'aliénation pendant le mariage. La reprise pourrait de même être exercée sans que la femme eût besoin de prouver par acte ayant date certaine, le fait même de la vente ; cette exigence n'apparaît nullement dans la loi. C'est à un autre point de vue que la

date de l'aliénation devra être certaine ; c'est quand il s'agira de fixer le rang de son hypothèque ; mais cette condition faisant défaut, la femme n'en aura pas moins le droit de venir après les autres créanciers dont l'hypothèque sera inscrite, exercer son droit de reprise. (Aubry et Rau, tome 3, page 241. Sirey, 59, 1, 193; 85, 1, 25 et note de M. Bufnoir. *Gazette du Palais*, 87, 1, 636).

Le second point à établir sera le chiffre auquel s'élève l'enrichissement de la communauté. A cet égard nous lisons cette phrase dans l'article 1436. « Dans tous les cas, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur du bien aliéné. » Ainsi la loi s'attache uniquement au prix et en cela elle a suivi les principes consacrés dans l'art. 232 de la coutume de Paris qui porte : si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre, le *prix de la vente* est repris ; article dont Pothier donnait en ces termes l'explication (Comm., n° 586), « Suivant nos principes, « que la reprise est due de ce qui est parvenu à la communauté par l'aliénation du propre du conjoint, cette reprise « ne doit être ni du prix auquel ce propre a été estimé par « le contrat de mariage, ni de celui qu'il valait lors de l'aliénation, mais précisément de celui pour lequel il a été « vendu, quand même il aurait été vendu au-dessous ou au-dessus de ce qu'il valait. » Mais de quel prix la loi entend-elle parler ? Est-ce du prix réel ou du prix déclaré ? La question a une grande importance pratique. Il arrive souvent en effet que le prix réel d'un bien est dissimulé dans l'acte qui en constate l'acquisition, soit pour frauder le fisc, soit pour procurer à la communauté ou à l'é-

poux vendeur un avantage indirect suivant qu'on diminue ou qu'on augmente le prix d'achat. La cour^e de Lyon a décidé par un arrêt du 11 février 1842 (Sir. 43, 1, 193) qu'il n'était dû récompense à la femme que du prix porté au contrat, quelque allégation qui soit faite sur le prix de l'immeuble vendu. La loi qui calcule le chiffre de la récompense sur le pied de la vente semble en effet faire allusion au prix déclaré. Toutefois cette interprétation n'a pas prévalu devant la cour de cassation qui, en la repoussant, a fait une juste application des principes. Il faut permettre à l'époux qui réclame une récompense supérieure au prix énoncé dans l'acte, de prouver la dissimulation pour que la règle d'après laquelle le patrimoine d'un des époux ne peut s'enrichir au dépens de l'autre, ne soit pas trop facilement méconnue. Cette opinion se concilie d'ailleurs très bien avec les expressions de l'art. 1436. Ce texte ne nous dit pas en effet que la récompense n'est que du prix porté au contrat ; il dit que la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente. Or ces mots signifient le prix qui a été réellement retiré de l'opération ; le législateur n'a pas eu l'intention d'interdire aux parties de le faire apparaître quand l'écrit en contient une indication inexacte. Ce qu'il a voulu empêcher, c'est qu'on remit en question la valeur du bien au moment de la vente où qu'on recherchât si elle avait varié depuis.

On admet généralement que s'il s'agit d'une récompense due à la femme, celle-ci pourra prouver par tous moyens la dissimulation. Il n'y a pas lieu, dit la Cour de cassation, d'appliquer l'article 1341 qui prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, atten-

du que la femme ne pouvait se procurer une preuve écrite de sa créance, à l'encontre du mari ; l'article 1348 lui sera donc applicable. (Dall. 76, 1, 159. Aubry et Rau, V. § 511, note 9). Le mari devra-t-il être admis lui aussi à prouver par tous moyens, par témoins ou par présomptions que le prix d'aliénation de ses propres a été en réalité supérieur au prix indiqué dans le contrat ? Les raisons qui ont faite admettre cette solution pour la femme ne se rencontrent plus, dit-on, quand il s'agit du mari ; ce dernier est inexcusable de ne pas s'être réservé une preuve écrite de la simulation ; l'art. 1341 lui sera opposable (Sir., 52, 2, 369. Dall., 69, 2, 173 ; 76. 1. 5 ; 79, 1, 420). Ces raisons, pour ma part, ne me semblent pas concluantes. La prohibition de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes est sans application ici puisqu'il ne s'agit pas de régler les effets de la convention en ce qui concerne les rapports des parties qui y ont figuré, mais de déterminer le montant de la somme entrée dans la communauté, de prouver un pur fait. C'est parce qu'il s'agit de la preuve d'un fait, qu'il faut autoriser le mari et la femme à se servir de tous moyens pour l'établir ; et non, comme semble le dire la Cour de cassation parce que, dans un cas seulement, l'art. 1348 peut être invoqué. Avec cette interprétation on serait en effet amené à dire que lorsque la femme a vendu avec l'autorisation de justice, qu'elle a ainsi contracté dans la plénitude de sa liberté, on doit exiger d'elle qu'elle apporte une preuve écrite. Or aucun texte n'autoriserait cette distinction.

Supposons maintenant que le vendeur soit la femme

et demandons-nous si elle pourra employer les mêmes modes de preuve non seulement contre son mari ou ses héritiers mais encore contre les créanciers du mari? si elle pourra notamment invoquer contre eux une contre-lettre émanée du mari, ou des papiers domestiques équivalents, c'est-à-dire destinés à rester secrets? La négative a été soutenue par M. Labbé (note dans Sirey 76. 1. 5). « L'article 1321, dit notre savant maître, prévoit le « cas où, d'un commun accord entre les parties contrac-
« tantes, les conditions du contrat énoncées, en quelque
« sorte affichées dans l'acte destiné à être produit, sont
« entachées de simulation, ne sont pas conformes à la
« vérité et sont contredites par des documents destinés
« à rester secrets. Dans cette hypothèse, il décide que la
« vérité ne sera pas opposable aux tiers intéressés à in-
« voquer l'apparence. Cette hypothèse n'est-elle pas la
« nôtre? Il nous semble manifeste que oui ». Il ne me semble pas cependant que dans le cas qui nous occupe, il faille appliquer l'art. 1321 parceque la dissimulation du prix dont la communauté a profité ne constitue pas à l'égard des créanciers une contre-lettre. Supposons d'abord que la vente du propre a été faite par le mari seul comme mandataire de la femme. (1) Pour que les créanciers du mandataire puissent opposer à la mandante l'art.

1. Je suppose un mandat spécial donné par la femme. Ce mandat est légal et on ne peut lui opposer le brocard : *nemo potest auctor esse in rem suam* parceque l'autorisation du mari n'intervient pas comme celle du tuteur pour veiller aux intérêts de la femme qui est capable d'y veiller elle-même, mais pour habiliter sa femme à contracter : or, dit Pothier (de la puiss. du mari n° 42; il peut également l'habiliter par un contrat qui intervient entre lui et sa femme, comme pour des contrats que sa femme fait avec des tiers. Aubry et Rau, tome 5, page 149.

1321 « il faudrait (1) qu'il existât entre le mari et la
« femme une convention ostensible et simulée, modifiée
« par une seconde convention restée secrète. Il est facile
« de comprendre que cela fait défaut. Dans le cas pré-
« sent il y a bien un mandat de la femme au mari dont ce-
« lui-ci doit s'acquitter au mieux des intérêts de celle-la ;
« mais le fait de dissimuler dans la vente une partie du
« prix ne constitue pas une dérogation au mandat préexis-
« tant. » Une contre-lettre ne se conçoit en effet que si elle
peut se rattacher à un acte antérieur qu'elle contredit, or
l'obligation de rendre compte résultant pour le mari du
mandat n'est pas incompatible avec le fait de la dissi-
mulation. Le mari devra rendre compte du prix entier,
voilà tout. Il faut donner la même décision dans le cas
où la femme dûment autorisée a vendu elle-même son
propre ; on ne rencontre même pas dans cette hypothèse
d'acte ostensible auquel aurait dérogé la stipulation d'une
augmentation de prix. La vente du propre et la créance
de la femme sont connexes, mais ce sont deux choses
absolument distinctes ; il n'y a aucun rapport entre l'o-
bligation de l'acheteur de payer le prix et l'obligation du
mari de tenir compte à la femme des valeurs mobilières
dont il jouirait pour elle. L'art. 1321 s'appliquerait bien
dans les rapports du vendeur et des créanciers de l'ache-
teur, si l'acheteur avait souscrit une contre-lettre portant
augmentation du prix apparent, mais « rien ne nous per-
met, dit M. Bartin, d'étendre ce texte aux rapports du
vendeur et des créanciers d'une personne qui jouissait

1. M. Bartin. Thèse de doctorat. 1883.

d'un quasi usufruit sur le prix. » L'article 1321 écarté, nous sommes en droit de dire que la preuve de la dissimulation pourra être faite par la femme contre les créanciers de son mari et par tous les moyens de droit commun.

S'il n'est pas permis à la communauté de s'enrichir aux dépens de l'un des époux, il est également défendu à l'un ou à l'autre des époux, de s'enrichir aux dépens de la communauté. Le code civil fait dans l'article 1510 une application de ce dernier principe. L'hypothèse qu'il prévoit est celle où l'époux séparé de dettes a été libéré par la communauté. De ce chef son conjoint réclame une récompense ; que devra-t-il prouver ? D'abord l'existence de la dette, puis son paiement pendant la communauté. Par quels moyens ? D'après le droit commun puisque la loi n'y déroge pas. Mais pour que le droit à une récompense prenne naissance il faut que ce soient les deniers de la communauté qui aient servi au paiement. La preuve de cette troisième condition sera-t-elle à la charge du demandeur ou bien existera-t-il au profit de la communauté une présomption de paiement jusqu'à ce que l'époux du chef duquel la dette procède établisse une autre origine des deniers ? Il faut, je crois, admettre cette dernière opinion ; tout le mobilier présent et futur des époux tombant en communauté, ceux-ci ne conservent pas, en effet, de biens propres avec lesquels ils puissent acquitter leur dettes personnelles, de là cette conséquence que toute dette acquittée pendant le mariage est censée l'avoir été par la communauté sauf la preuve contraire réservée au débiteur qui prétendrait n'avoir pas été libéré par elle

(Aubry et Rau tome 5. page 486). Cette théorie est combattue par M. Laurent (tome 23. § 300): « Ces prétendues présomptions, dit-il, sont imaginées par leurs auteurs; vainement invoquent-ils des probabilités, les probabilités ne deviennent des présomptions que lorsque la loi les établit. Qu'importe au point de vue des principes, que la preuve soit plus ou moins difficile. Ce n'est pas une raison pour l'en dispenser. La loi seule le peut en créant une présomption en sa faveur. » S'il faut repousser avec M. Laurent, la présomption de paiement par la communauté et mettre la preuve à la charge de l'époux qui réclame une récompense, cette preuve n'en doit pas moins, je crois, pouvoir être faite d'une façon indirecte. Ce sera souvent la seule ressource de la femme pour qui la preuve directe serait presque impossible à fournir. La justification du paiement par la communauté sera donc suffisamment faite par la femme, par exemple, quand elle aura démontré que son mari n'avait pas de ressources personnelles puisque tous ses meubles étaient entrés en communauté, et qu'il n'a pas vendu d'immeubles.

Quand cette clause de séparation de dettes aura été insérée dans le contrat de mariage et que le mari aura payé une dette de la femme qui n'avait pas date certaine avant la célébration, la femme ne pourra pas lui opposer l'article 1410 aux termes duquel le droit à la récompense s'éteint quand une dette de cette nature a été acquittée par la communauté. L'art. 1410 est en effet tout entier dans l'intérêt du mari et ne peut être rétorqué contre lui; il lui permet de méconnaître les conséquences d'un

acte dont la date à l'égard de la communauté n'est pas certaine, et de n'en pas tenir compte. En l'acceptant, le mari reconnaît que la dette doit être supportée par la communauté, parce qu'elle est antérieure au mariage. Dans notre hypothèse, le mari pourra sans doute éloigner de la communauté l'action du créancier de la femme dont le titre n'a pas date certaine, c'est l'article 1410 : mais le paiement fait ne l'est pas pour le compte de la communauté qui ne doit pas supporter définitivement la dette ; il l'est pour le compte de la femme qui n'aurait pu le refuser en contestant la date d'un acte signé d'elle. Elle ne pourra donc pas plus, à la dissolution de la communauté qu'au moment du paiement, opposer le défaut de certitude de la date d'un titre émané d'elle. Voilà la règle. Toutefois, en vertu d'autres principes, la femme aura le droit de contester le paiement fait par le mari d'une dette n'ayant pas date certaine quand elle l'a réellement contractée pendant le mariage, si elle parvient à prouver qu'elle s'est obligée sans l'autorisation maritale. En ce cas la dette sera nulle, et par suite la femme ne devra pas de récompense ; mais le mari pourra, à partir de la dissolution du mariage et pendant dix ans, exercer contre le tiers qui a profité de l'acte annulable, l'action en nullité qui lui appartient en vertu de l'art. 1304 C. c. (Aubry et Rau, page 486. Laurent tome 23, n° 299).

Nous allons maintenant nous occuper plus particulièrement des cas où le droit de créance est invoqué par la femme. Les principaux sont mentionnés dans les articles 2135 C. c. et 563 C. de commerce. La femme aura hypo-

thèque, nous disent-ils, pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari. Pour qu'elle puisse de ce chef réclamer un droit, elle devra prouver qu'elle a payé à la décharge de son mari, et à cet égard elle sera soumise aux règles ordinaires en matière de preuve. La quittance qui constatera par exemple, que le paiement a été fait par la femme de ses deniers personnels, formera un titre suffisant, et ce sera aux tiers qui prétendent que cette quittance est frauduleuse à en faire la preuve. Toutefois en cas de faillite du mari, cette quittance ne suffirait pas ; c'est ce qui ressort de l'article 562. C. de c. ainsi conçu : « Si la femme a payé des dettes pour son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait des deniers de celui-ci, et elle ne pourra en conséquence exercer aucune action dans la faillite, sauf la preuve contraire, comme il est dit à l'art. 559. » Ce dernier renvoi montre assez que l'idée qui a présidé à la rédaction de notre article a été la crainte d'un divertissement d'actif au détriment des créanciers ; de même que dans l'article 559, la loi a érigé en présomption une fraude seulement possible. La femme devra donc justifier de l'origine des deniers et de leur emploi au paiement de la dette du mari. La preuve de l'emploi devra se faire par une déclaration dans la quittance, et celle de l'origine des deniers conformément à l'art. 1341. Le renvoi à l'article 559 C. de c. nous fait penser en outre qu'il ne faudrait pas exiger un acte authentique au cas où les deniers proviendraient de successions ou de donations. La logique devrait cependant conduire à une solution contraire, et imposer les mêmes règles dans le cas où la reprise des deniers

dont nous venons de parler a lieu directement, que dans celui prévu par l'article 560 où elle a lieu sous la forme de meubles acquis en emploi. L'exigence d'un acte authentique nous paraîtrait toutefois en contradiction avec les termes de l'article 562 qui ne font allusion qu'à l'art. 559. Cette raison nous paraît suffisante dans une matière exceptionnelle comme la nôtre, surtout lorsqu'il s'agit de présomptions de fraude qu'il ne convient pas de suppléer. On peut dire d'ailleurs que c'est à cause de la différence qui existe entre les deux situations que le législateur a pu se montrer plus rigoureux dans l'une que dans l'autre. L'hypothèse d'une reprise en valeur a été en effet, comme nous le verrons par la suite, beaucoup moins strictement réglementée que celle d'une reprise en nature à cause de la différence qu'elles produisent dans leurs résultats respectifs.

Nous pourrions répéter ici ce que nous avons dit plus haut au cas où la femme se prévaut du défaut de remploi de ses propres aliénés pendant le mariage. L'hypothèque légale pour l'indemnité due à raison des dettes contractées par elle avec son mari ne prendra rang que du jour où elle aura acquis date certaine (Sir. 57. 1. 401. Gaz. Pal. 87. 2. 89. Dall. 88. 2. 96.) Si, en effet, la femme pouvait se prévaloir contre les créanciers de son mari d'une obligation n'ayant pas date certaine, les inconvénients que le législateur a voulu empêcher en proscrivant la rétroactivité de l'hypothèque au jour du mariage se reproduiraient comme autrefois et la fraude serait dès lors très facile à réaliser. En vain objecte-t-on (Sir. 60. 2. 124) que le plus souvent la femme étant sous la puis-

sance du mari sera dans l'impossibilité de remplir la condition qu'on veut exiger d'elle, car la femme peut ne s'obliger que par acte authentique ou sous la condition de l'enregistrement de son obligation.

Signalons en droit commercial cette particularité qu'en cas de faillite, si les créanciers chirographaires contestent que la créance de la femme ait une date antérieure à la faillite, celle-ci devra prouver en observant l'art. 1328. C. c. que l'acte sous seing privé dont elle se prévaut à une date certaine. Les créanciers chirographaires sont en effet des tiers dans ce cas ; ils veulent combattre la préférence à laquelle prétend la femme. Le débat s'élève de créancier à créancier, non de créancier à failli. (Sir. 59. 1: 194.)

CHAPITRE II

REPRISES FONDÉES SUR LE VERSEMENT DANS LA COMMUNAUTÉ DE SOMMES OU D'OBJETS CONSTITUANT DES PROPRES

SECTION I

Preuve de la réception

Une autre hypothèse de reprises est celle où l'époux prétend à la créance de ce qu'il a apporté en dot ou de ce qui lui est advenu par succession ou donation. Les époux ont par exemple stipulé qu'ils mettraient leur mobilier en communauté jusqu'à concurrence d'une certaine somme; ils sont alors censés, nous dit l'article 1500, s'être réservé le surplus. Cette clause rend l'époux débiteur envers la communauté de la somme qu'il a promis d'y mettre et l'oblige à justifier de son apport. Comment fera-t-il cette justification? Examinons successivement l'hypothèse où c'est le mari qui a promis l'apport, puis celle où la promesse d'apport émane de la femme. Dans le premier cas, l'apport, nous dit l'article 1501, est suffisamment justifié par la déclaration portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur. Cet article consacre une anomalie, il va arriver que le mari constatera par une simple déclaration qu'il a rempli son obligation

et qu'il se créera ainsi un titre à lui-même. Il fallait pourtant se contenter de cette mention puisque le mari peut seul donner quittance au nom de la communauté. Si cependant la femme s'était réservée la faculté d'exiger ultérieurement la justification de l'apport du mari, cette clause devrait recevoir son exécution (Aubry et Rau, tome 5, pag. 469, Rodière et Pont, tome 2, n° 1323). Nous avons vu que dans l'ancien droit telle était la doctrine de Pothier, c'était aussi celle de Bourjon dont nous citons ce passage (pag. 615). « Par rapport au mari la clause dans
« le contrat de mariage qu'une certaine somme lui
« sera propre est suffisante pour lui donner le droit
« d'en faire le prélèvement sur la masse de la commu-
« nauté. Il ne peut se donner quittance à lui-même
« et la femme en souscrivant la déclaration faite par
« son mari en a reconnu la vérité. La clause en ce
« cas est donc suffisante pour fonder la reprise. » Il faut ajouter toutefois que la déclaration faite dans le contrat de mariage par le futur époux que son apport fixé à une valeur déterminée consiste en créances, titres ou billets n'autoriserait pas la reprise du montant de cet apport, si la preuve du paiement des billets et créances qui en sont l'objet n'était pas rapportée. (Dall. 52.1. 188 ; 71. 2. 231).

Quand c'est la femme qui réclame la restitution de sa dot, elle doit prouver que le mari l'a reçue ; mais les moyens de justification varieront je crois, suivant que la dot a été promise par un tiers ou par la femme elle-même. Dans le premier cas, la femme pourra, même en l'absence

de tout commencement de preuve par écrit, établir la réception par témoins ou à l'aide de simples présomptions, (Aubry et Rau, 5. pag. 625). L'article 1341 ne soumet en effet à une preuve écrite que la partie qui a eu la facilité de se la procurer ; or il n'a pas été au pouvoir de la femme quand elle n'a pas fait elle-même le paiement, de le constater par écrit, l'article 1348 s'appliquera donc à la lettre (Sir. 55. 2. 273). Quand au contraire c'est la femme qui a promis la dot, il faudra lui appliquer l'art. 1341 et lui demander un écrit au-dessus de cent-cinquante francs. Cette solution est pourtant contestée par MM. Rodière et Pont, qui sont d'avis dans la dernière hypothèse, d'accorder à la femme la possibilité de prouver par témoins la réception de la dot, en s'appuyant sur l'art. 1348 parce que le mari se serait rendu coupable d'un quasi-délit en ne donnant pas spontanément quittance et en manquant ainsi à une des obligations qui lui incombent comme administrateur de la dot (tome, 3 pag. 461). Ce raisonnement cache, il me semble, une pétition de principe, car pour imputer une faute au mari, il faudrait préalablement démontrer qu'il a reçu le paiement de la dot.

La preuve écrite exigée de la femme quand elle s'est dotée elle-même sera la quittance donnée par le mari ainsi que l'indique l'art. 1502, 2°. Cette quittance ne pourra plus bien entendu, comme en droit Romain, être éternuée par l'*exceptio dotis cautæ sed non numeratæ* qui déjà n'existait plus dans notre ancien droit ainsi que nous l'apprend Loysel (*Inst. Cout.* liv. 5, tit. 2, règl. 6). « Exception d'argent non nommé n'a point de lieu en

France. » La quittance sera le plus souvent insérée dans le contrat de mariage et ses termes seront généralement ceux-ci : La célébration du mariage devant l'officier de l'état civil vaudra quittance de la dot. La déclaration conçue en ces termes fait-elle preuve d'une manière absolue du versement de l'apport de la femme comme le ferait une quittance séparée donnée par le mari après la célébration du mariage ? Il semble bien que l'acte de célébration combiné avec la stipulation du contrat constituera la preuve exigée par la loi du paiement de la dot, car par cela même que le futur consent à la célébration et qu'elle a lieu, il reconnaît avoir reçu. Rien en somme ne doit empêcher le créancier de faire dépendre la preuve de la libération de son débiteur d'un acte ultérieur que jusqu'au dernier moment il reste libre d'accomplir ou de ne pas accomplir et de stipuler d'avance que cet acte dont le paiement préalable est la condition venant à se réaliser sans protestation de sa part, la dette sera éteinte comme elle pourrait l'être par une quittance expresse. Nous trouvons de nombreux arrêts en ce sens. (Sir., 45, 2, 538 ; 56, 2, 398 ; Dall., 76, 1, 455.) Mais plus récemment la Cour de Cassation est revenue sur ses premières décisions et a estimé que la clause n'impliquait pas la preuve irréfragable d'un paiement effectif, mais attribuait seulement à l'événement du mariage la force d'une présomption libératoire qui peut céder à la preuve contraire. (D., 83, 1, 296 ; 84, 1, 285.) Ainsi la clause n'équivaut pas à une quittance parce que le contrat ne porte pas quittance ; en stipulant que la célébration vaudra quittance, le contrat n'affirme pas que

la dot a été payée, mais seulement que le constituant s'est engagé à la payer avant la célébration ; à partir de ce jour sa libération est présumée. Cette présomption doit pouvoir être combattue par toute preuve contraire, et même par de simples présomptions tirées par exemple de la position de fortune des parents de la future ou de la situation de la future elle-même. (*Contra* Sir., 66, 2, 144. Voir. Sir., 72, 2, 101. *Rev. critique*, années 1883 et 1886. Articles de M. Planiol, pag. 670 et 609).

La même décision ne semble pas devoir être étendue au cas où il s'agit pour la femme de prouver contre les créanciers de son mari tombé en faillite le paiement de sa dot. La jurisprudence et les auteurs admettent que la clause dont nous venons de parler satisferait comme une quittance expresse aux conditions exigées par l'art. 563 C. de com. (Dall., 57, 2, 61 ; 60, 1, 181 ; 62, 2, 174). Ces décisions sont, il est vrai, antérieures à l'interprétation de la clause telle que nous l'avons résumée, mais il est probable qu'elles seraient maintenues même avec la nouvelle manière de voir. Je crois donc que la clause suffirait pour prouver dans l'hypothèse prévue par l'art. 563 la délivrance de la dot par acte ayant date certaine sans qu'on puisse nous objecter la facilité donnée aux futurs époux de frauder les créanciers ; car il leur sera aussi facile de les tromper par une quittance séparée que par une stipulation du contrat de mariage (MM. Lyon-Caen et Renault, *Précis de Dr. commercial*, tome 2, pag. 875). Il ne faudrait pas croire que les deux solutions données par la jurisprudence soient inconciliables et qu'elles aboutissent à moins protéger les créanciers que le mari en ce

sens que la clause n'établirait contre ce dernier qu'une présomption de paiement tandis que contre les créanciers elle prouverait ce paiement aussi bien qu'une quittance ; car les créanciers pourront combattre la fraude par tous moyens. C'est, avant tout, le mari qui avait besoin de protection et telle a été peut-être la préoccupation de la jurisprudence en attribuant d'une façon très ingénieuse à la clause la portée d'une présomption. La Cour de cassation a voulu faire échapper le mari aux conséquences d'une clause de style, qui passait souvent inaperçue dans les contrats de mariage, et dont la signification n'était pas en tous cas toujours très bien comprise. Son but a été de donner au mari une arme de défense contre le constituant de mauvaise foi et d'empêcher qu'il soit victime de son excessive déférence envers lui.

La preuve du paiement résultera des quittances fournies par le mari postérieurement à la célébration sans qu'il y ait lieu de distinguer si les dites quittances constatent ou non la numération des espèces ou si elles se réfèrent ou non à une constitution spéciale ou générale, sauf bien entendu le droit des personnes intéressées de prouver par tous les moyens la fraude et la simulation dans le cas où le mari aurait donné quittance sans avoir rien touché. Des règles différentes étaient admises dans notre ancien droit. Suivant l'art. 130 de l'ordonnance de 1629, « Toute quittance de dot devait être passée par devant notaire, à peine de nullité pour le regard des créanciers. » Le but de cette disposition était d'éviter des fraudes consistant à simuler des paiements ; mais les tiers seuls pouvaient opposer la nullité ; à l'égard du mari ou

des héritiers les quittance privées produisaient le même effet que si elles eussent été passées devant notaire. (Roussilhe, *De la dot*, tom. 2, pag. 102, 201, 367. Boucheul, *Coul. de Poitou*, tom. 1, pag. 558. *Répert.*, de Merlin, au mot dot, § 3, n° 6). Nous devons toutefois ajouter que cet article 130 n'était pas exécuté même dans le ressort des Parlements qui avaient enregistré l'ordonnance du 1629; à Paris, par exemple, des quittances sous-seing privé ne pouvaient être annulées que si la fraude était prouvée. Voyons donc quelle était la pratique suivie. D'après la jurisprudence des Parlements de droit écrit, si la quittance se rapportait à la constitution d'une somme certaine portée par le contrat de mariage, la reconnaissance du mari, même sous signature privée, était suffisante pour que la femme pût prétendre contre les créanciers du mari postérieurs au mariage, la reprise des sommes reconnues. La raison nous en est donnée par Salviat (*Jurisprud. du Parl. de Bordeaux*, pag. 219). « Quand la constitution est fixe et certaine, les créanciers savent à quoi s'en tenir, ils n'ont qu'à consulter le contrat de mariage pour connaître jusqu'à quelle somme la femme aura une hypothèque antérieure à la leur. » Mais quand la reconnaissance faite durant le mariage était relative à une constitution générale de tous les droits de la femme sans limitation, cette reconnaissance, si elle ne faisait pas mention de la numération réelle en présence de notaire était insuffisante pour autoriser la femme à réclamer au préjudice des créanciers du mari les sommes reconnues à moins cependant qu'elle ne justifiât de l'origine des deniers. « Il n'y aurait rien de plus facile, nous dit Salviat, à un homme

qui serait obéré que de faire perdre ses créanciers en reconnaissant à sa femme une somme considérable. » Bretonnier nous dit la même chose (tom. 2, page 301). « Quand la femme, par contrat de mariage, s'est constituée en dot généralement tous ses biens, et que depuis, le mari ayant contracté des dettes, reconnaît postérieurement avoir reçu quelque somme de sa femme, savoir si la femme, pour les deniers ainsi reconnus à son profit, aura hypothèque du jour de son contrat de mariage, avant les créanciers postérieurs, à la vérité, à son contrat de mariage, mais antérieurs à la reconnaissance passée par son mari. En ce cas la femme est obligée de justifier d'où proviennent les deniers suivant la jurisprudence des Parlements de droit écrit. » Mais si la reconnaissance portait numération réelle, elle faisait préjudice aux dits créanciers. Boucheul, (tom. 1, pag. 558). Merlin, (*Rèpert.* au mot dot, § 3, n° 1). Bacquet, (tom. 1, pag. 137) et Boiceau, (*Additions au traité de la preuve par témoins*, pag. 649) nous disent que les créanciers devaient alors recourir à l'inscription de faux, parce que l'énonciation du notaire faisait foi.

Maintenant la femme à défaut soit d'expression de numération réelle soit de justification de l'origine des deniers pouvait-elle du moins être fondée à prétendre contre les héritiers du mari à la reprise des sommes portées dans la reconnaissance? Dans les pays de droit écrit toute donation entre mari et femme était confirmée quand le donateur mourait sans avoir changé de volonté. Or la reconnaissance en question, qui passait pour manifester l'intention, de la part du mari, de gratifier sa femme, va-

lait comme donation à cause de mort (Cambolas, *Décis. notabl.*, liv. 4, chap. 20, pag. 267). C'est pour cela que les héritiers du mari ne pouvaient être fondés à la critiquer.

Dans les pays coutumiers ou les donations entre personnes mariées étaient en général prohibées, on décidait par suite de la maxime : *qui non potest dare non potest confiteri* que quand le mari pendant le mariage reconnaissait avoir reçu de sa femme une somme en dot, cette reconnaissance était elle-même sans force pour lier soit le mari soit ses héritiers et ne valait pas plus qu'une donation qui aurait été faite à la femme par son mari ; la femme ne pouvait s'aider de la reconnaissance qu'en justifiant clairement de l'origine des deniers. Mais si, nous dit Valin (tom. 2, pag. 445), la quittance était donnée au père, au tuteur, ou à l'étranger qui a constitué la dot, « elle devrait faire
« preuve par elle-même, n'étant nullement vraisemblable
« que le mari qui a une action ouverte contre celui qui a
« constitué la dot, ait la complaisance de donner une
« quittance qui le soumet à la reprise envers sa femme
« sans avoir effectivement reçu la somme. A la vérité, la
« preuve résultante de la quittance n'est pas telle, qu'elle
« exclue la preuve contraire, tant par titres que par té-
« moins ; car enfin la quittance au fond peut être frau-
« duleuse ; mais la femme alors n'a pas besoin de secours
« étranger pour faire valoir la quittance, et il faut au
« contraire des preuves bien évidentes de la fausseté de
« la reconnaissance pour en éluder l'effet. J'en dirais au-
« tant, sans difficulté, de la quittance donnée à la femme
« elle-même, lorsqu'elle n'est que de la somme à laquelle
« ses droits dotaux ont été fixés par le contrat de ma-

« riage. » (Bourjon, tome 2, page 84). Au contraire, d'après Valin, si la quittance n'avait pas une relation étroite avec le contrat de mariage, « il ne fallait pas même d'objets pour la combattre ; de sa nature elle est incapable de faire preuve, tout son effet se réduit à passer pour un léger commencement de preuve par écrit, et à autoriser la femme à prouver par tout genre de preuve, même par témoins seulement, qu'elle a dans la vérité conféré à son mari la somme portée par la quittance... le serment de la femme achève ensuite la conviction. » D'autres auteurs comme Bacquet, (tom. 1, pag. 137). Coquille, (Quest. 120), Lebrun, (liv. 3, ch. 2, Sect. 2, Dist. 5, n° 47), étaient plus rigoureux et exigeaient que dans tous les cas la quittance portât numération des deniers ou que la femme en prouvât d'une autre façon l'origine. Ainsi Coquille écrivait : « Si le mari durant le mariage fait quittance au profit de sa femme, par laquelle il confesse avoir reçu d'elle une somme de deniers pour sa dot promise, que telle quittance ne fait pas preuve, mais doit la femme ou son héritier prouver la vérité de la réception par preuve certaine ou par conjectures véhémentes, comme en prouvant que telle somme était due à la femme pour telle cause, et le dit tel montre sa quittance. »

Aujourd'hui, les donations entre époux étant permises, il n'y a plus lieu de craindre les détours qu'on prenait autrefois pour éluder la prohibition. D'autre part, il ne faut plus distinguer entre les quittances qui portent que la numération des espèces a été faite en présence des notaires et celles qui énoncent simplement que la somme a été payée. Elles font toutes foi contre les créanciers

jusqu'à preuve de simulation qui peut être faite par tous moyens. La voie de l'inscription de faux serait d'ailleurs bien inutile, car si l'acte notarié prouve d'une façon authentique que les prétendus deniers ont été réellement comptés au mari lui-même, il ne prouve pas que ces deniers n'ont pas été fournis par un tiers pour figurer momentanément devant le notaire.

Il y a aucun cas où, pour être en droit de se faire restituer la dot, la femme ou ses héritiers n'ont pas besoin de prouver que le mari l'a reçue ; il est prévu par l'art. 1569 C. c. ainsi conçu : « Si le mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot, la femme ou ses héritiers pourront la répéter contre le mari après la dissolution du mariage, sans être tenus de prouver qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne justifiât de diligences inutilement par lui faites pour s'en procurer le paiement. » Il est certain que la règle s'applique quand la dot a été promise par un tiers ; mais la femme qui s'est dotée *de suo* peut-elle invoquer le bénéfice de l'art. 1569 ? C'est pour trancher cette question qu'il est important de connaître le fondement juridique du texte. Repose-t-il sur une présomption de paiement de la dot ? c'est à l'égard de toute personne que le mari en est réputé nanti. Est-il au contraire fondé sur l'idée que la femme ne doit pas supporter les conséquences de la faute du mari qui a laissé passer dix ans sans réclamer la dot, la femme ne pourra reprocher à son mari la patience qu'il a montré envers elle et ne pourra pas se prévaloir de l'art. 1569. Voyons donc quel est le caractère de notre disposition en nous appuyant sur son origine historique.

Nous croyons que la véritable source de notre article est dans la loi 33, D., *de Jur. dot.*, 23, 3, et dans la jurisprudence du Parlement de Toulouse, qui la fondait sur la négligence et la responsabilité du mari qui laisse passer dix ans sans faire de diligences pour se procurer le paiement de la dot (1). Cette opinion est toutefois discutée ; des auteurs préfèrent donner comme fondement à l'article 1569 une présomption de paiement de la dot au mari.

La loi 33, *de Jure dotium*, prévoit le cas où le mari, qui n'avait pas pris sur lui la solvabilité du débiteur de la dot, ne l'a point reçue et en est encore créancier quand arrive le moment de la restituer. Si le débiteur de la dot est devenu insolvable sans que le mari ait à se reprocher de ne pas l'avoir poursuivi, le mari se libérera en cédant sa créance. Il en sera ainsi quand la dot aura été promise par un ascendant ou un étranger donateur ; l'une et l'autre qualité empêchent la poursuite à outrance. Quand, au contraire, la dot aura été promise *ex necessitate non ex voluntate*, il faudra imputer au mari de ne pas en avoir poursuivi le débiteur pendant qu'il était solvable. Tel est le résumé de la loi 33. Placé en face de ce texte, le Parlement de Toulouse en étendit les dispositions. « Quoique la femme, nous dit Catellan (*Arrêts remarqu.*, « t. 2, page 116), qui veut répéter sa dot sur les biens « de son mari soit obligée régulièrement de justifier qu'il « l'a reçue, il est néanmoins responsable, à l'égard de « sa femme, de la dot qu'il n'a pas reçue du constituant,

1. Sincholle, *Rev. critiq.*, 1864, 24, p. 134.

« s'il n'a tenu qu'à lui de la recevoir,... suivant la loi
« 33, *si extraneus*, à laquelle il a été fait diverses exten-
« sions. » Ainsi, par la jurisprudence du Parlement, le
mari sera responsable de la dot, s'il ne s'en fait pas
payer par le constituant étranger, même donateur. Lors-
que la constitution émanera du père de la femme et que
le mari sera resté dix ans après le terme du paiement
sans en faire la demande, il en sera également responsa-
ble. La patience qu'il a eu tourne alors en négligence.
« Dix ans, dit Catellan, sont d'ailleurs un temps que les
lois mettent souvent en usage et qu'elles employent pour
terme et pour borne en bien des rencontres. » Enfin,
d'après la même jurisprudence, le laps de dix ans ren-
dra le mari responsable de la dot qu'il n'a pas exigée de
son beau-père, quoique ce beau-père ne soit pas insolv-
able ; « et, nous dit encore Catellan, les dix ans passés
« sans faire de poursuites ne font pas une présomption
« ou une manière de payement ; ils ne font que mettre
« la femme en droit d'imputer au mari, non pas *cur non*
« *urserit*, mais pourquoi il a été si négligent » (Furgole,
Quest. des donations, *Quest.* 48, n° 26).

Le Parlement de Paris avait, sur cette question, une
jurisprudence différente de celle du Parlement de Tou-
louse ; il la rattachait à la loi 3, *C. de dote caut. non num.*,
5, 15, modifiée par la Nouvelle 100. Ce texte fixait les dé-
lais dans lesquels le mari avait le faculté d'opposer l'*ex-
ceptio non numeratæ pecuniæ* contre les énonciations du
contrat de mariage portant quittance de la dot. Si le ma-
riage n'avait pas duré plus de deux ans, le mari pouvait,
suivant la Nouvelle, opposer l'exception pendant l'année

de la dissolution. Si le mariage avait duré plus de deux ans, mais moins de dix, le mari n'avait que trois mois à partir de la dissolution pour proposer l'exception. Enfin si le mariage avait duré plus de dix ans, le mari, qui avait laissé passer tout ce temps sans réclamer contre la fausse mention du contrat de dot, ne pouvait plus opposer l'exception. Au lieu de remarquer que la Novelle n'avait d'autre objet que de limiter le temps pendant lequel la femme devrait établir la vérité de la reconnaissance de la dot, le Parlement de Paris s'imagina que ce texte soumettait à une prescription décennale l'action du mari en réclamation de la dot. Cette interprétation rencontra de nombreux adversaires parmi les auteurs. « La « Novelle, disait Duplessis (tome 2, pag. 401, 18^e *Consult.*), n'a jamais été faite pour restreindre la durée de « l'action de dot, en sorte qu'il est évident que ceux qui « ont voulu prendre occasion d'introduire de là cette « prétendue prescription de la dot par l'écoulement de « dix années se sont grossièrement trompés, puisqu'ils « se sont servis d'un privilège accordé à la dot pour « restreindre la durée de son action et qu'ils ont donné « à l'action de dot des bornes qui n'avaient été introduites que pour l'exception. » Berroyer (1) disait d'une façon plus expressive encore : « Il y a quelque sorte de « pudeur qu'on nous impute d'avoir introduit une décision par une mauvaise intelligence de la loi romaine « au premier Parlement de France... Tout le monde convient que la Novelle n'a aucun rapport à cette pres-

1. Sur Bardet, tome 2, p. 383.

« cription qui se trouve même contraire à son esprit,
« car sa décision n'a été faite que pour assurer, après
« dix ans, la foi d'une quittance contre l'exception de
« deniers non nombrés reçue chez les Romains et rejetée
« dans notre droit. »

Les résistances dont nous venons de parler firent changer la jurisprudence des arrêts (1) et vers la fin du dernier siècle les auteurs du *Nouveau Denisart* pouvaient écrire que l'erreur autrefois commise avait été depuis généralement reconnue. (Voir *Dot.* § 12, n° 2). Il est donc inadmissible que l'art. 1569 contienne une présomption de paiement. La fin du texte suffirait d'ailleurs à le démontrer. Rien n'est en effet plus facile dans notre opinion que d'expliquer les mots : à moins qu'il ne justifiât de diligences etc. ; car le Parlement de Toulouse fondait la responsabilité du mari sur sa négligence. Si au contraire l'art. 1569 repose sur une présomption de paiement, il n'est plus possible d'expliquer comment ici des diligences ont pour effet d'interrompre la prescription, tandis que l'art. 2224 exige dans ce but une citation en justice, un commandement ou une saisie. (2)

La conséquence logique du principe que nous venons de poser est que la femme qui s'est dotée *de suo* ne saurait invoquer pour se dispenser de prouver la réception, l'art. 1569. Mais, nous objecte un arrêt de la Cour de Caen du 3 mars 1875, (3) le texte ne distingue pas. On ne songe pas assez que la seule question dont s'occupe l'article

1. Rousseau de Lacombe, sur Louet et Brodeau, lett. D., somme 10, p. 478.

2. *Contrà* Troplong, sur l'art. 1569, nos 3655 et suiv.

3. *Dall.*, 77, 2. 133, *Sir.*, 66, 2, 315.

1569 est une question de restitution de la dot ; or à ce point de vue le texte ne comportait aucune distinction. Quant à la question de savoir par quel délai sera libéré la femme qui a elle-même promis la dot, notre article n'avait pas à s'en occuper et il devait laisser au droit commun le soin de la trancher ; or l'action en réclamation de la dot se prescrit par trente ans (art. 2262) ; par conséquent, dit l'interprète, la femme ne pourra, sans prouver qu'elle s'est acquittée, se faire restituer ce que son mari peut encore lui réclamer. C'est cette idée qu'exprimait Bourjon (1) en ces termes : « Lorsque la femme s'est
« dotée elle-même ou qu'elle est seule héritière de celui
« qui avait constitué la dot, et que le contrat n'est pas
« quittancé, le laps de dix années ne lui donne pas le
« droit d'exercer la reprise d'un propre fictif qu'elle n'a
« pas fourni ; sa qualité de débitrice personnelle ou d'hé-
« ritière du débiteur est un obstacle à la reprise d'icelui.
« Cela est fondé en ce qu'en ce cas elle est la propre ga-
« rante de son action en reprise, ce qui la fait par consé-
« quent cesser. » (Aubry et Rau, tome 5, page 627).

Pour que l'article 1569 s'applique, il faut supposer l'hypothèse où c'est une somme d'argent qui a été promise. Si la dot consiste en créances contre un tiers, la femme n'aura jamais à prouver que le paiement en a été reçu par le mari, pas plus avant qu'après l'expiration du délai de dix ans depuis l'échéance de la créance. Si le mari ne peut pas restituer les contrats, comme dit l'article 1567, il devra prouver le cas fortuit qu'il allègue pour établir sa libération et ce sera à la femme à répli-

1. *Droit com. de la Fr.*, tom. 1, p. 615.

quer que l'événement allégué n'a que l'apparence d'un cas fortuit, qu'il est le résultat de la négligence du mari, qui, par exemple, aurait dû poursuivre avant que le débiteur devînt insolvable. (M. Colmet de Santerre, t. 6, page 548).

Il me semble impossible d'étendre les dispositions de l'art. 1569 aux autres régimes qu'au régime dotal. L'origine romaine de ce texte, son caractère de pénalité commandent il me semble cette solution. (1) Si le Parlement de Paris (Bourjon, t. 1, page 650) avait cependant étendu la règle à l'apport de la femme mariée sous le régime de la communauté, c'était probablement à cause de la présomption de paiement qu'il croyait y rencontrer; ce qui nous confirme dans cette opinion, c'est que cette jurisprudence n'était pas suivie dans les autres Parlements qui n'obéissaient pas aux mêmes principes. (Lebrun, liv. 3, ch. 2, sect. 1, dist. 3, n° 45).

Je crois que quand la femme veut exercer la reprise des deniers et effets mobiliers advenus pendant le mariage par succession, donation entre vifs ou testamentaire, elle n'est pas tenue d'en prouver le paiement aux mains du mari. Il faudrait répéter ici ce que nous avons dit du cas où la femme se prétend créancière du prix de vente d'un de ses propres. Le mari a en effet comme administrateur des biens de sa femme le droit si, par exemple, des créances lui sont échues, d'en recevoir le paiement et d'en donner quittance sans faire intervenir sa femme. Il serait dès lors bien rigoureux de lui demander à ce propos une justification puisqu'elle n'a eu aucun moyen de

1. Aubry et Rau, tome 5, page 470. Rodière et Pont, t. 2, n° 1322 Sirey, 88, 2, 239.

s'en ménager une. (1) C'était déjà ce que décidait Lebrun (*De la Com.* page 494). « Il est constant que la femme a
« la reprise non seulement de ce que son mari a reçu
« mais de ce qu'il a dû recevoir parce qu'il a dû appor-
« ter la même diligence dans les affaires de sa femme
« que dans les siennes propres et telles qu'un bon père
« de famille a coutume d'apporter dans ses affaires. » Il
en sera de même, continue Lebrun, au cas où la femme a
accepté la succession avec autorisation de justice au refus
du mari. « La raison de douter, dit-il, est que le mari
« prétendra n'avoir point profité de ces effets disant que
« la femme a fait ce qu'elle a voulu, qu'elle ne lui a rien
« apporté du mobilier de cette succession. Les héritiers
« répondront qu'il n'y a pas deux bourses en une com-
« munauté et que dès qu'il est justifié par un bon inven-
« taire ou par enquête de commune renommée que la
« femme a perçu tels et tels effets de la succession, le
« mari est censé en avoir profité. »

Mais supposons que la femme réclame le montant de
dons manuels à elle destinés, mais reçus par son mari,
et dont celui-ci a négligé de faire inventaire. Elle devra
s'ils sont contestés en établir l'existence. Par quels
moyens ? Il importe peu pour répondre à cette question
de résoudre le point de savoir si la preuve des dons ma-
nuels doit être faite conformément à l'art. 1341 comme
l'a admis un arrêt de la Cour de Paris rapporté dans Dal-
loz, 77, 2, 9, ou bien si cette preuve peut être faite
omni modo, car la première opinion ne peut faire abstrac-

1. Sir., 57, 2, 405.

tion de l'art. 1348 d'après lequel l'art. 1341 reçoit exception quand il n'a pas été possible au créancier (et c'est ici le cas) de se procurer une preuve écrite. Ainsi quelque opinion qu'on adopte, la femme pourra se servir de la preuve par témoins et par présomptions. Pourra-t-elle de plus user de la preuve par commune renommée? Un arrêt du 28 novembre 1866 (D. 67, 1, 209) et un autre de la Cour de Douai du 11 avril 1884 (Sir., 84, 2, 157) ont décidé qu'elle le pouvait. En effet, dit-on, la preuve par commune renommée supplée à l'inventaire; or c'est dans un inventaire ou mieux dans l'état estimatif conforme à celui qu'exige l'art. 948 C. C. que se rencontreraient à la fois la preuve du don et celle de sa valeur. Je crois néanmoins que l'art. 1504 sur lequel on se fonde n'a pas à intervenir dans la question; d'abord il n'autorise la commune renommée que pour établir la valeur du mobilier échu à la femme et non le fait même de l'acquisition; or il faut se renfermer dans les limites légales quand il s'agit de recourir à la mesure exceptionnelle de la preuve par commune renommée. C'est la peine de la négligence du mari, or cette négligence n'est certaine que quand il n'a pas fait l'inventaire d'un mobilier dont la réception n'est pas méconnue, et dans l'espèce cette réception n'est rien moins que constante (Sirey, 74, 2, 140).

Nous trouvons dans l'art. 563 C. de Comm. une règle plus rigoureuse quand la femme se prévaut de son hypothèque légale dans la faillite de son mari, pour garantir la créance de ce qu'elle a apporté en dot et de ce qui lui est échu pendant le mariage par succession ou donation.

Elle doit prouver le paiement ou la délivrance par acte ayant date certaine. Pourquoi d'abord avoir restreint l'application de l'art. 563 au cas où le mari était commerçant lors du mariage ou l'est devenu dans l'année. Est-ce que le danger de réclamations frauduleuses n'existe pas également dans tous les cas où le mari est en faillite ? Je crois que le législateur, en face de deux intérêts opposés, celui des créanciers à qui il voulait accorder une plus grande protection qu'en droit commun et celui de la femme de qui il eut été bien rigoureux d'exiger dans tous les cas une preuve difficile à obtenir, a voulu les concilier par une transaction qui avait une base suffisante d'une part dans l'idée que quand la femme aura pu prévoir en se mariant l'éventualité d'une faillite, il sera possible de lui demander une plus grande vigilance et d'autre part dans une idée de sévérité moins grande quand la femme ne vient pas contester le droit de saisie des créanciers mais prétend seulement exercer un droit de créance.

Le législateur s'est donc défié d'une fraude qui consisterait après la déclaration de faillite à fabriquer et à antidater des quittances relatant le paiement de sommes non touchées ; c'est pourquoi il exige que la femme prouve le paiement par acte ayant une date certaine antérieure au jugement déclaratif de faillite.

L'article qui parle de la délivrance ou du paiement ne dit pas qu'ils doivent être nécessairement faits au mari personnellement. Il suffirait donc, je crois, que la femme prouvât par une quittance ayant date certaine et donnée avec l'assistance de son mari qu'elle a reçu des deniers

provenant d'une succession; il ne serait pas nécessaire qu'elle prouvât en outre le versement des fonds au mari. Dès que la femme a en effet établi la naissance et la réalisation de son droit, on doit présumer que le mari a reçu parce qu'il en avait la facilité. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation dans un arrêt du 27 septembre 1852 (Dall., 53, 1, 39). Il résultait dans l'espèce, d'un acte de partage d'une succession que dans le lot de la femme avait été comprise une créance, et d'une quittance publique que le paiement avait eu lieu en un effet de commerce. Il a été jugé que la délivrance était ainsi suffisamment établie.

En parlant de preuve par acte ayant date certaine, le législateur vise une date antérieure au jugement déclaratif de faillite. (MM. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 3054). A cet égard l'art. 563 se réfère, selon moi, à l'article 1328 qui indique les moyens de donner date certaine à un acte; sur ce point les livres de commerce seraient insuffisants (*Contrà*, Sir., 53, 1, 162); (Sir., 69, 1, 348; *Gaz. Pal.*, 87, 2, 636; Dall., 88, 1, 204). La condition exigée par l'art. 563 serait certainement remplie si un jugement rendu par exemple entre les époux et des tiers dans une instance antérieure, avait reconnu la réception par le mari (Sir., 40, 2, 9) ou bien si le contrat de mariage renfermait la clause que la célébration vaudrait quittance (Sir., 56, 2, 397; 60, 1, 433). Mais serait certainement inapplicable sous le régime dotal la présomption de l'art. 1569; la réalité du paiement n'en résulterait pas. (MM. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 3054. Sir., 69, 2, 194. D. 82, 2, 224).

SECTION II

Preuve de la consistance et valeur de l'apport.

Le fait de la réception de l'apport prouvé, il reste aux époux à établir le chiffre de leurs reprises. Pour savoir à quelle justification ils sont à cet égard tenus, plaçons-nous dans l'hypothèse prévue par les articles 1500 et suivants, d'une clause d'apport à la communauté. Les époux ayant stipulé qu'ils mettraient dans la communauté leur mobilier présent et futur jusqu'à concurrence d'une certaine somme, prétendent à la reprise de ce qui excède la somme promise. Ils devront prouver dans quelle mesure ils se sont acquittés de leur obligation et à cet effet établir la valeur de leurs apports. Nous supposerons d'abord qu'il s'agit du mobilier possédé par eux au moment du mariage et pour plus de clarté, que le débat ne s'élève qu'entre époux. La valeur de ce mobilier sera suffisamment établie, nous dit l'article 1502, soit par la déclaration qui en aura été faite dans le contrat de mariage s'il s'agit du mari, soit par le chiffre porté dans une quittance, s'il s'agit de la femme. Tels sont les moyens habituels de preuve ; ils sont indiqués à titre d'exemples et nous ne voyons aucun obstacle, s'ils font défaut, à appliquer le droit commun puisque nous ne trouvons aucune disposition qui y fasse exception. Ainsi la preuve de la quantité du mobilier qu'une des parties avait lors du mariage pourra aussi se faire, dit Pothier, (*Commun*, n° 300) par des actes non suspects. « Par exemple : un partage que

« le conjoint a fait du mobilier des successions de ses père
« et mère, lequel contient et exprime la quantité du mo-
« bilier qui lui est échue par ce partage pour son lot,
« prouve que ce conjoint avait effectivement, lors de son
« mariage, cette quantité du mobilier. Pareillement, un
« compte de tutelle rendu à un des conjoints, fait foi de
« ce qui lui était dû lors de son mariage ». S'il n'y avait
aucun acte par lequel on puisse justifier la quantité du
mobilier que les conjoints avaient lors du mariage, il fau-
drait, selon Pothier, admettre la preuve par commune re-
nommée. Je ne crois pas que sur ce point les auteurs du
Code aient voulu reproduire la doctrine de leur guide or-
dinaire; s'ils avaient en effet entendu permettre au mari
de prouver par témoins et par commune renommée la
valeur de ses apports présents, ils ne lui auraient pas re-
fusé le droit de prouver ses apports futurs autrement que
par un titre (art. 1504). Quant à la femme, la considéra-
tion qui lui a fait accorder dans l'hypothèse prévue par
l'art. 1504 la preuve par témoins et par commune re-
nommée, c'est sa situation pendant le mariage à l'égard
de son mari, situation qui ne lui a pas permis de se mé-
nager une preuve écrite. Or ce motif n'existe plus dans
le cas où la femme était maîtresse de ses droits, libre de
se protéger elle-même en constatant la valeur de son mo-
bilier avant de le livrer au mari; il n'y a plus lieu alors
de se montrer plus indulgent pour elle que pour son mari
(*Contra*, Toullier, tome 13, page 376). Aubry et Rau, tome
5, page 450. Rodière et Pont, t. 2, n° 1273. Sir. 84, 2,
120).

Il en serait toutefois autrement sous le régime sans

communauté et sous le régime dotal. Je crois qu'alors la consistance des biens apportés par la femme en dot pourrait être établie à défaut d'inventaire par témoins et même par commune renommée. Sous ces régimes chaque époux n'est plus comme sous la communauté chargé de veiller à ses intérêts ; c'est au mari que cette tâche incombe. Ce dernier est en effet usufruitier des biens dotaux de sa femme, tenu en cette qualité d'un certain nombre d'obligations (art. 1533 et 1562) dont la principale est de faire inventaire (art. 600). S'il a omis ce devoir il est en faute, et la femme privée d'une preuve qu'elle était en droit d'attendre de lui, mérite d'être protégée au même titre que si, mariée sous le régime de communauté elle voulait prouver la consistance des meubles qui lui sont advenus pendant le mariage. (Aubry et Rau, tome 5 page 515 et 628, Rodière et Pont, tome 3, n° 2072).

Sans faire de distinction entre les cas de reprise en nature et ceux de reprise en valeur, la jurisprudence applique aux uns et aux autres dans les rapports des époux entre eux l'art. 1499, quand il s'agit du moins du mobilier présent. Je ne crois pas pour ma part exacte cette interprétation et je ne pense pas qu'il faille faire intervenir dans la question dont nous nous occupons maintenant l'art. 1499. Le seul objet de ce texte est de poser en faveur de la communauté une présomption de propriété pour les meubles sur lesquels les époux n'ont pu établir leurs droits de propriété. « Il s'agit, dit M. Bufnoir (1), de savoir, parmi les effets mobiliers confondus aux mains du

(1) Note précitée.

« mari quels sont ceux qui sont restés propres aux conjoints, quels sont ceux qui au contraire appartiennent à la communauté ». Dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, celle d'une clause d'apport, il ne s'agit pas de prouver que tel bien n'est pas tombé en communauté; c'est au contraire parce qu'il y est tombé que la créance est née. Le seul point à établir c'est la valeur de ce bien à l'époque où il a été acquis par la communauté; pour le trancher, il faut recourir au droit commun. Je m'empresse d'ajouter que les résultats pratiques ne varieront pas suivant qu'on appliquera le droit commun ou l'art. 1499, car la jurisprudence étend à tout acte écrit ainsi que nous l'avons vu plus haut, le sens du mot état en bonne forme contenu dans l'art. 1499. La doctrine que j'expose et qui est celle de M. Bufnoir, fait donc sur ce point cause commune avec la jurisprudence. J'admettrais donc, comme l'a fait un arrêt de la cour de Grenoble du 19 juillet 1851 (Dall. 52, 2, 292) que lorsqu'au lieu de faire inventaire de son mobilier, le mari déclare dans le contrat de mariage que ce mobilier est de telle valeur, la déclaration sera suffisante pour que la reprise ait lieu (1). *Rev. crit.* article de M. Pont, tome 2, page 528).

De même l'apport du mari et notamment celui de marchandises dépendant d'un fonds de commerce possédé par lui lors du mariage, pourrait être établi au moyen d'un acte de partage intervenu entre les héritiers du mari et la femme, où la valeur de l'apport a été reconnue. (D., 70, 2, 185.) Le mari pourrait également demander

1. Dall. 55. 2, 68.

à ce qu'on comprenne dans ses apports les bénéfices par lui réalisés dans une maison de banque bien qu'ils n'eussent point été déclarés par lui dans son contrat de mariage, s'il produisait à l'appui de ses prétentions un inventaire de fin d'année (Dall. 73, 1, 241).

Je ne pense pas que la validité de l'état qui constate l'apport soit subordonnée à la condition qu'il ait été dressé avant le mariage. Si par exemple le contrat se bornait à des mentions générales, quant à la nature des objets mobiliers appartenant à chacun des époux, sans en indiquer ni l'importance ni la valeur, cette constatation pourrait être faite au moyen d'états estimatifs signés par les époux durant le mariage (D. 66.2. 68). Quelques-uns de nos anciens auteurs pensaient, il est vrai, autrement. Renusson (*traité de la Comm.* pag. 78 § 6), disait expressément : « On ne peut faire inventaire après la célébration, car « il pourrait y avoir de la fraude ; les conjoints pourraient « s'avantager pendant le mariage en augmentant ou diminuant les biens de l'autre. » Id., Lebrun, *Comm.* pag. 496, n° 51. C'était, comme on le voit, la crainte d'avantages indirects entre époux qui hantait ces auteurs. Pothier lui-même ne pouvait pas s'affranchir complètement de cette idée, puisque si d'après lui l'inventaire pouvait être dressé pendant le mariage, c'était à la condition qu'il le fût à une époque très rapprochée de la célébration. (*Comm.* n° 300). L'avantage indirect s'il existait, pourrait alors être assimilé à une donation faite par contrat de mariage, et participer ainsi de la validité de cette dernière donation. Mais aujourd'hui que les avantages indirects ne sont plus à redouter comme autrefois, puisque

les donations entre époux sont permises, il ne me paraît pas que rien s'oppose à ce que l'inventaire de l'apport soit dressé depuis la célébration. Seulement je crois, contrairement à l'opinion de Pothier (*Comm.* n° 298), que les conjoints seraient recevables à attaquer cet état en alléguant qu'il contient une donation, car les donations entre époux sont essentiellement révocables.

Le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage, dit l'art 1504, doit être constaté par un inventaire. Si le mari néglige de remplir cette obligation relativement au mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers seront admis à faire preuve par témoins et même par commune renommée de la valeur de ce mobilier. (Sir., 67, 1, 110 ; D., 75, 1, 33.) Il faudrait, je crois, assimiler au cas où l'inventaire fait défaut, celui où il est incomplet ; il y a en effet défaut d'inventaire *in parte quâ* pour les meubles non inventoriés par le mari. C'est ce qu'a décidé la chambre des Requêtes par un arrêt du 28 novembre 1866, (Dall., 67, 1, 209). A plus forte raison la femme serait-elle admise s'il existait un commencement de pièce par écrit émané du mari à prouver par présomptions contre et outre le contenu à l'inventaire incomplet. (Dall., 84, 1, 230). Si c'est au contraire d'une succession à laquelle il était lui-même appelé que le mari a négligé de faire l'inventaire, tous les moyens de preuve ne pourront pas être employés par lui pour établir de quoi se compose le mobilier qui lui est échu (D., 61, 1, 48). Il lui faudra un titre propre à justifier de la consistance et de la valeur de ce mobilier. Je citerai comme exemples un compte de tutelle, un inventaire commercial, un acte

de partage sous seing privé à la condition qu'il fasse connaître la nature et le détail du mobilier et indique le passif dont ce mobilier est grevé parce que c'est dans ces indications seules que l'on peut puiser la connaissance de la valeur nette du mobilier. C'est ce qu'a jugé à deux reprises différentes la Cour d'Orléans le 28 décembre 1878 et le 27 janvier 1882. (Dall. 83, 2, 37). Ce sera aux juges, dit la Cour de Cassation, à examiner dans chaque espèce, si l'écrit présenté par le mari satisfait aux conditions de l'art. 1504, c'est-à-dire s'il établit la consistance et la valeur du mobilier. Ainsi la Cour de Chambéry a décidé, le 25 août 1879 (Sir., 80, 2, 54), qu'il était juridiquement prouvé que le mari avait reçu telle somme à titre de legs par ce fait que les héritiers lui avaient délivré un bon payable à la caisse d'un banquier ; le bon déterminait suffisamment la valeur de la reprise à exercer. De même la Cour de Cassation a estimé que les registres et papiers domestiques du défunt constituaient un titre suffisant pour justifier de la valeur du mobilier (Sir., 80, 1, 17).

Quand l'article 1504 parle du mobilier échu à la femme, il n'accorde pas seulement à celle-ci mais encore à ses héritiers le droit de faire preuve par témoins et par commune renommée du montant de leurs reprises. Au contraire, lorsqu'il s'agit du mobilier échu au mari, le même article ne prive expressément que le mari du droit d'exercer la reprise à défaut d'inventaire. On a tiré de là cette conclusion que ses héritiers pourraient être admis à établir par témoins et même par commune renommée la valeur d'un mobilier échu à leur auteur pen-

dant le mariage et non inventorié, parce qu'ils n'ont aucune faute à se reprocher et qu'ils ne doivent pas supporter les conséquences de la négligence du mari (Rodière et Pont, t. 2, n° 1268). Cette opinion ne me paraît pas devoir être admise. Il est d'abord de principe que les héritiers ne sauraient avoir plus de droits que leur auteur. Il me semble en outre étrange que la faute du mari puisse profiter à ses héritiers et leur fasse accorder par exemple la preuve par commune renommée (Sir. 61, 2, 242). Mais s'ils prétendaient que le défaut d'inventaire a eu pour but d'avantager la femme, devrait-on leur accorder le droit de prouver la fraude par tous moyens de droit commun ? (M. Colmet de Santerre, tome 6, pag. 359. Sir. 60, 2, 120). Il faudrait, selon moi, distinguer selon qu'ils sont ou non réservataires et n'autoriser que les premiers à prouver par témoins la consistance du mobilier échu à leur auteur. Eux seuls, en effet, peuvent se plaindre que les avantages entre mari et femme dépassent la quotité disponible (Aubry et Rau, t. 5, p. 451, note 19).

Les règles que nous venons de tracer sur la preuve que les époux ou leurs héritiers doivent faire de leurs apports mobiliers les uns vis-à-vis des autres, recevraient exception dans le cas où l'un des époux aurait acquis dans une succession une créance contre son conjoint. L'époux créancier serait alors admis à faire preuve de l'existence de sa créance conformément au droit commun et comme aurait pu faire son auteur. Ces moyens de preuve de droit commun seraient d'ailleurs les seuls admissibles de la part de la femme qui se prétendrait créancière de

son mari (Sir. 74, 2, 250. Aubry et Rau, page 452. Laurent, page 23, n° 180).

L'intérêt pratique de cette question s'accroît si l'on admet que l'époux ne peut établir, à l'encontre des tiers, la valeur de ses reprises qu'autant qu'il rapporte un inventaire ou un état authentique (art. 1510). Cet intérêt apparaît même très sensible dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1853 (D. 54, 1, 188). Il s'agissait, dans l'espèce, d'une créance que la femme prétendait avoir recueillie contre son mari dans une succession ouverte pendant le mariage ; bien que cette créance ne fut pas comprise dans l'inventaire de cette succession, la femme voulait en établir l'existence à l'égard des créanciers de son mari par tous les moyens de preuve que son auteur eût pu employer. La Cour de cassation a reconnu la prétention fondée et a accordé à la femme le droit de faire interroger son mari sur faits et articles à l'effet d'obtenir l'aveu de cette dette, tout comme l'eût pu faire le créancier originaire.

La question à laquelle nous sommes maintenant amenés est celle de savoir si les règles que nous venons d'exposer sur la preuve à faire par les époux l'un à l'encontre de l'autre, si ces règles, dis-je, doivent varier dans les rapports des conjoints avec les tiers, spécialement dans les rapports de la femme avec les créanciers de son mari ; c'est là en effet l'hypothèse pratique. Nous avons examiné plus haut le cas où la femme se présentait comme propriétaire de meubles saisis sur son mari et nous avons décidé que la justification de sa propriété devait être régie par l'article 1499 et devait pouvoir se faire contre les créanciers de la

même façon que contre le mari. Nous pourrions donc renvoyer à ce que nous avons dit sur ce point. Mais eussions-nous donné à l'art. 1510 la signification qui lui est généralement attribuée, nous déciderions qu'il est inapplicable au cas où la femme invoque contre les créanciers de la communauté une créance résultant de ses apports ou des successions par elle recueillies pendant le mariage. A quoi en effet servent l'inventaire ou l'état authentique dans l'opinion que nous avons combattue ? à soustraire le mobilier de la femme à la saisie des créanciers du mari en en démontrant l'origine et l'identité. Mais dans notre espèce, la femme ne conteste sur aucun bien, même provenant de ses apports, le droit de saisie des créanciers du mari. Elle ne demande pas à s'approprier une portion du mobilier. Sa prétention se borne à la créance d'une valeur qu'elle a mise en communauté en s'en réservant la reprise, et pour l'enrichissement qu'elle a procuré à la communauté et dont il lui est dû récompense, elle se résout à concourir avec les créanciers du mari. L'article 1510 est étranger à cette question. Il faut donc dire que la femme devra être admise à justifier de sa créance, au regard d'autres créanciers, par tous les moyens à l'aide desquels elle peut l'établir vis à vis du mari lui-même. D'ailleurs toute créance dont l'existence est établie à l'égard du mari se trouve par là même munie de l'hypothèse légale. « Il ne peut être question d'une preuve spéciale
« à l'égard des créanciers, dit M. Bufnoir, que s'il s'agit
« du rang. Mais cette question de rang mise à part,
« la qualité de créancière acquise à la femme entraîne si
« la loi ne dit pas le contraire comme dans l'art. 563 C.

« co. le bénéfice de l'hypothèque légale, ce qui n'a de
« sens qu'à l'égard des tiers. » (Note précitée de M. Buf-
noir. Aubry et Rau tome 3, page 219, note 17).

Cette décision est, je crois, très logique, car le but pour-
suivi ne doit pas être rendu plus difficile à atteindre pour
la femme que pour les autres créanciers. Il faut en re-
venir au contraire au principe que la femme n'ayant pas
été en mesure de se protéger elle-même, devra être ga-
rantie contre la négligence de son mari, par les facilités
de preuve que nous rencontrons dans l'art. 1504. Qu'on
ne nous objecte pas que les créanciers doivent être dé-
fendus contre la connivence possible des époux et la dis-
simulation de leur gage ; nous avons vu plus haut que
cette idée d'une protection spéciale accordée aux créan-
ciers est étrangère au droit commun. Ceux-ci n'ont qu'une
ressource, c'est de pouvoir prouver par tous moyens la
fraude qu'ils allèguent.

Je pourrais même dire que l'art. 1510 tranche impli-
citement la question. Le premier alinéa se place en effet
dans l'hypothèse d'une reprise en valeur et sans faire de
distinction suivant qu'elle est exercée à l'encontre du con-
joint ou de ses créanciers, sans modifier non plus le droit
commun sur la preuve, autorise purement et simple-
ment l'époux à faire valoir son droit à une récompense.
La doctrine de nos anciens auteurs ne peut d'ailleurs lais-
ser sur ce point aucun doute. C'est d'abord Bacquet (1)
qui nous dit que « faute d'inventaire fait, la convention
« susdite ne fera aucun préjudice aux créanciers ni du mari

1. *Traité des dr. de justice*. Chap. 31, pag. 228.

« ni de la femme; mais la dite convention servira aux fu-
« turs conjoints, seulement pour après la dissolution de
« leur mariage reprendre sur les biens l'un de l'autre
« les deniers qui auront été respectivement pris en la
« communauté pour acquitter les dettes de l'un et de
« l'autre, précédentes leur mariage. » C'est ensuite Renus-
son (*Comm.*, page 82), puis Valin (*Cout. de la Roch.*, t. 2,
pag. 741, n° 28), qui s'expriment en termes équivalents.
C'est enfin Ferrière (*Nouv., comm. sur la Cout. de la prévôté
et vicomté de Paris*, tom. 2, page 19), dont nous déta-
chons ce passage. « Si la femme n'a point stipulé qu'in-
« ventaire serait fait de ses biens, elle pourrait seulement
« s'opposer pour être payée avec les autres créanciers sai-
« sissants en cas d'insolvabilité. »

La jurisprudence nous offre plusieurs applications de la règle que nous venons d'énoncer. Un arrêt de la Cour d'Angers du 26 mai 1869 (D. 69, 2. 238) a décidé que la femme dépourvue d'inventaire pourrait reprendre en valeur contre les créanciers de son mari des obligations qui lui avaient été données et dont elle prouvait l'origine par les registres de l'agent de change et le rapprochement des numéros avec ceux des titres achetés par le donateur (D. 52, 2, 283, Sir. 74. 2. 250). De même la cour de Dijon a admis la femme à exercer, même à l'encontre des créanciers de son mari, la reprise de valeurs mobilières lui provenant d'une succession par elle recueillie pendant le mariage et dont elle ne pouvait prouver l'existence que par des actes de liquidation et de partage sous-seing privé (Sir. 85, 1, 25). Au contraire, la Cour de cassation, cassant l'arrêt de la cour de Dijon dont nous

venons de parler, a décidé que l'article 1510 devait être appliqué dans le cas où la femme réclamait contre les créanciers de son mari la valeur de ses effets mobiliers, et qu'il fallait exiger d'elle un inventaire ou un état authentique (Dall. 87, 1, 413). Cette opinion est contraire à l'interprétation de l'article 1510 telle que nous l'avons formulée. Nous nous bornons quant à présent à le constater, nous réservant d'indiquer quelle est la portée de l'arrêt de la Cour de cassation à propos des droits de créance que la femme peut invoquer dans la faillite de son mari. C'est d'ailleurs dans cette hypothèse que s'est placé l'arrêt dont nous venons de parler.

Abordons donc la question de savoir à quelles conditions il faut subordonner l'exercice des reprises de la femme quand elle se présente dans la faillite de son mari et demandons-nous s'il faut l'astreindre, pour la preuve de son droit, aux mêmes règles que s'ils s'agissait d'une revendication. Les principales hypothèses à examiner sont : 1^o celle où, faute des preuves exigées par les articles 558, 559 et 560, C. co., la femme n'a pu exercer une reprise en nature ; 2^o celle où le bien ne figure plus en nature dans l'actif du failli, par exemple s'il a été vendu pendant le mariage et si le prix n'a pas été remployé ; 3^o enfin, celle où la femme réclame la valeur de ses propres imparfaits dont la communauté a toujours eu le quasi-usufruit.

Allons-nous d'abord dans le premier cas, c'est-à-dire quand les propres existent encore en nature, permettre à la femme de se présenter comme créancière de leur valeur ; et si oui, ne va-t-on pas nous objecter que nous

donnons à la femme le moyen de tourner la loi en lui permettant de reprendre l'équivalent d'un bien qu'elle n'a pu atteindre comme propriétaire ? L'objection ne nous paraîtrait pas fondée, car la femme ne poursuit pas le même but dans les deux cas. Dans le premier elle veut établir son droit de propriété sur un bien afin de pouvoir en opérer la distraction. Dans le second au contraire elle prétend qu'elle a procuré un enrichissement à la communauté et elle lui en demande la récompense. Le préjudice causé à la masse ne sera pas d'ailleurs le même dans les deux hypothèses. Par la reprise en nature, la femme distrait définitivement et par préférence un bien de l'actif et diminue d'une façon directe le gage des créanciers. Il n'en est pas de même pour la reprise en valeur. Le droit de saisie des créanciers n'est pas contesté. La femme se réclame de la condition commune ; elle ne demande qu'à concourir avec les autres créanciers (1). Use-t-elle de son hypothèque légale ? Il se pourra faire que d'autres droits de même nature que le sien lui soient préférables et viennent en amoindrir ou même en éteindre l'utilité. Il suffit d'ailleurs qu'une différence soit possible en fait entre le cas où la femme revendique et celui où elle fait valoir un droit de créance pour que le législateur l'ait consacrée en droit. La femme n'use-t-elle pas de son hypothèque légale, comme il arrive quand son mari n'a pas d'immeubles ; elle ne sera remboursée qu'au marc le franc. Il faut donc, selon moi, autoriser l'action

1. Bédarride, n° 1016 *ter* : Demangeat sur Bravard, tome 3, p. 530.
MM. Lyon-Caen et Renault, t. 2, nos 3045 à 3048.

personnelle de la femme à raison de ses propres quand elle n'a pu les atteindre à titre de propriétaire. (*Contrà*, D., 76, 2, 197) ; (Sirey, 40, 2, 9; 52, 2, 599; 70, 2, 85).

Dans le cas où le bien ne figure plus en nature dans l'actif du failli parce qu'il a été vendu pendant le mariage et que le prix n'a pas été remployé ou bien n'a pas été payé par l'acquéreur (art. 563, § 2, n° 2) l'action de la femme est assurément recevable, mais ce serait d'après la jurisprudence aux conditions suivantes. Elle devrait prouver son droit de propriété sur le bien dont elle réclame le prix et cette preuve devrait être faite conformément aux articles 557 et suivants. S'il s'agissait d'immeubles apportés en mariage ou acquis depuis à titre gratuit, le droit commun suffirait, mais quant aux biens acquis depuis le mariage à titre onéreux, il faudrait prouver selon la distinction indiquée par les articles 558 et 559 que le mari ne s'est pas appauvri à l'occasion de ces acquisitions. Sans ces exigences, il serait trop facile aux époux, dit-on, d'éluder les articles 558 et 559. La femme achèterait des immeubles avec les deniers du mari, puis les revendrait et les reprendrait ensuite en valeur (Sir., 77, 1, 169).

Dans l'hypothèse où la femme se prétend créancière des deniers et effets mobiliers qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession, donation entre vifs ou testamentaire, il lui faudrait, d'après la Cour de cassation, un inventaire ou un autre acte authentique pour établir la consistance et la valeur du mobilier qu'elle réclame (Dall., 87, 1, 113). En

d'autres termes on devrait exiger d'elle les mêmes justifications que pour le cas d'une reprise en nature. Cette opinion invoque les motifs suivants : d'abord l'article 560 comprend dans les mots *effets mobiliers* tout ce qui est censé meuble d'après les règles de la loi et par conséquent les sommes d'argent (art. 535, C. c.). D'autre part, on n'est pas autorisé, dit-on, à conclure du silence de l'article 563 sur la preuve de la consistance des propres à une dispense pour la femme d'établir conformément à l'article 560, l'existence de sa créance. L'article 563 n'avait pas, en effet, à revenir sur ce point qu'il supposait acquis ; il s'est borné à y ajouter des règles spéciales à la reprise en valeur et dont il ne pouvait être question à propos d'une revendication, en ce qui concerne la preuve de la réception (1). Au surplus, ajoute-t-on, les fraudes sont également à craindre dans le cas d'une reprise en valeur comme dans celui d'une reprise en nature ; la création fictive de propres est également facile dans les deux hypothèses ; le législateur ne devait pas faire de distinctions au point de vue des garanties de sincérité à exiger de la femme. Ainsi, il ne doit pas suffire à la femme dépourvue d'inventaire de vendre un meuble qu'elle ne pourrait reprendre en nature pour avoir le droit d'en demander l'équivalent en argent.

Nous avons répondu par avance à cette dernière raison en montrant que l'exercice du droit de créance, même appuyé de l'hypothèque légale n'aboutissait pas pour les créanciers de la faillite du mari au même résultat qu'une

1. Note de M. Guénée sous l'arrêt du 22 novembre 1886 (Dall., 87, 4, 113).

revendication. C'est de cette différence entre les deux prérogatives de la femme que le législateur a tenu compte. En considération du préjudice que la revendication porterait aux créanciers, il n'en a autorisé l'exercice qu'à la condition d'une justification stricte et rigoureuse; il s'est au contraire relâché d'une pareille exigence quand la femme ne prétendait qu'à la situation de créancière.

Mais, nous objecte-t-on (1), aucun texte ne montre le législateur faisant varier la difficulté de la preuve suivant la nature réelle ou personnelle des droits réclamés; les seules considérations dont il tienne compte dans la théorie générale des preuves, sont la plus ou moins grande importance pécuniaire du débat (art. 1341), l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve écrite (Art. 1348). Mais rien ne nous autorise à croire que les exigences relatives à la preuve soient le corollaire des prétentions de la femme.

Nous répondrons à cette objection que dans une théorie générale, le législateur ne pouvait poser que les règles ordinaires, celles dont l'application était le plus fréquente, se réservant à propos des sujets spéciaux de les compléter ou d'y déroger. Ainsi, le titre du contrat de mariage, pour ne parler que de celui-là, nous offre quelques particularités sur la preuve. Dans un but de protection pour la femme, l'article 1504 lui accorde un moyen de preuve dont le droit commun ne parlait pas, la commune renommée, et lui permet d'établir par un mode exceptionnel la consistance des valeurs mobilières dont elle se prétend créancière. — C'est de même sur la combinaison

1. Note de M. Guénée.

d'articles spéciaux au titre du contrat de mariage que la jurisprudence fonde sa distinction, au point de vue de la preuve, entre les rapports des conjoints entre eux et les rapports des conjoints avec les tiers.

Plusieurs articles du Code de commerce permettent, je crois, d'établir que le législateur a mesuré la protection qu'il devait aux créanciers au préjudice que pouvaient leurs causer les reprises de la femme et qu'il a dans ce but édicté des dispositions moins rigoureuses pour le cas de reprise en valeur que pour celui de reprise en nature. D'abord l'article 562 C. comm., dans le cas où la femme est créancière de son mari, lui ouvre la preuve contraire contre la présomption qu'il pose, mais ne lui demande pas, comme l'article 558, de justifier par acte authentique de l'origine des deniers quand ils proviennent de successions ou de donations. Remarquons d'ailleurs que les articles spéciaux à la femme du failli doivent être pris à la lettre. Or l'art. 560 ne vise que l'hypothèse d'une revendication. L'inventaire et l'acte authentique dont il parle ne sont exigés par lui que pour prouver l'identité, chose qui n'est pas en question au cas de reprise en valeur. L'art. 563 relatif à l'hypothèque légale n'exige pas au contraire les formes exceptionnelles dont nous venons de parler, et rien ne nous autorise à suppléer à son silence. L'interprétation d'après laquelle l'expression « effets mobiliers » employée par l'art. 560 comprendrait les sommes d'argent, dénature le sens de ce dernier article en faisant abstraction des mots : la femme pourra reprendre en nature... qui indiquent qu'il ne peut s'agir que de meubles individualisés.

Ajoutons enfin qu'en exigeant de la femme une preuve

aussi rigoureuse que l'acte authentique dans le cas où elle ne demande pas une situation privilégiée, on crée une différence injustifiable entre elle et les autres créanciers du mari. Ceux-ci jouiront de tous les moyens de preuve du droit commun bien que leur situation vis-à-vis du débiteur leur ait permis de prendre toutes les précautions utiles. La femme au contraire se verra imposer des moyens de preuve qu'il lui a été souvent impossible de se procurer et il arrivera alors qu'elle perdra sa créance sans qu'on ait de faute à lui reprocher. C'est pousser véritablement trop loin la crainte des connivences frauduleuses entre époux.

La conclusion résultant de ce que nous venons de dire, c'est que la femme se présentant comme créancière de la valeur de ses propres mobiliers ou immobiliers devra être admise à produire dans la faillite à titre chirographaire ou à titre hypothécaire si elle use des preuves du droit commun. Néanmoins il faudrait, d'après M. Bufnoir (note précitée) distinguer suivant que la femme se prétend créancière de la reprise du prix d'un propre parfait ou selon quelle n'a eu *ab initio* qu'une créance de reprise, Dans le premier cas, la réclamation de la femme implique qu'elle était demeurée propriétaire, « alors elle doit de toute nécessité établir au préalable son droit de propriété, en se conformant aux dispositions de la loi qui régissent cette preuve. » Il s'agit dans ce cas de faire tomber la présomption d'acquêt; la preuve ne saurait être administrée que selon les articles 558 à 560. Au contraire quand par l'effet de son apport la femme n'a eu *ab initio* qu'une créance de reprise, alors seulement il faut

drait lui appliquer l'article 563 tel que nous l'avons interprété.

Je ne crois pas cependant qu'il y ait lieu de faire la distinction que je viens d'indiquer. L'article 563 n'en comporte, en effet, aucune. La loi commerciale, ainsi que nous l'avons montré, ne s'attache qu'au but poursuivi par la femme, qu'à la qualité prise par elle en face des créanciers. Elle ne pose que ce principe à savoir que l'exercice d'un droit réel est plus pénible et cause un plus grand préjudice aux créanciers que l'exercice d'un droit de créance, et que par conséquent il faut lui accorder moins de facilités de réussir. Peu importe alors que la femme ait été créancière *ab initio* ou quelle le soit devenue par la suite. Il ne me semble pas ensuite qu'il y ait une différence entre les deux hypothèses. Dans l'une et l'autre, la créance de la femme a sa cause dans le droit de propriété que celle-ci avait soit sur les propres parfaits pendant la communauté, soit sur les propres imparfaits avant leur mise en communauté. La logique imposerait donc à la femme l'obligation de prouver ce droit dans les deux cas, et nous serions alors conduits à admettre le système de la Cour de cassation que nous venons de combattre. (Note de M. Guénée).

APPENDICE

La distinction que nous venons de formuler au point de vue de la preuve entre le cas d'une reprise en nature et celui d'une reprise en valeur n'a pas, à mon avis, la même portée en droit civil qu'en droit commercial. Si la loi des faillites l'a consacrée, c'est dans l'intérêt des créanciers, et pour les protéger dans le cas où l'exercice des droits de la femme leur aurait causé un trop grand préjudice. Or cette idée nous fait défaut en droit civil, puisque nous n'avons pas admis que la femme doive faire sa justification à l'égard des créanciers autrement qu'à l'égard du mari et que nous l'avons même reçue à établir son droit de propriété par les moyens ordinaires du droit commun sans jamais exiger d'elle un titre authentique. Le seul intérêt dont se soit préoccupé le législateur du Code civil en faisant la distinction entre le cas d'un prélèvement en nature et celui d'un prélèvement en valeur, est, selon moi, l'intérêt de la femme. Il était à craindre que dans les hypothèses prévues par les articles 1415 et 1504 les droits de la femme fussent lésés si la loi n'avait pas pris soin d'imposer au mari l'obligation d'établir par inventaire la consistance active et passive des successions advenues pendant le mariage à l'un ou à l'autre époux. Le chiffre des reprises ne peut être, en effet, exactement connu qu'autant qu'une preuve préconstituée fixe la va-

leur de l'actif mobilier entré en communauté et permet d'en déduire le montant des dettes.

Le mari a le devoir de se ménager cette preuve quand une succession lui est échue ; elle lui permet d'établir qu'il ne prélève que ce qui est dû et rien au-delà. En dehors de l'inventaire, il n'est pas en mesure de prouver qu'il ne s'enrichit pas aux dépens de sa femme. S'il a omis de faire dresser l'état d'une succession échue à sa femme, cette dernière se trouve dans un réel embarras ; elle ne possède, en effet, aucun des éléments nécessaires au calcul de ses reprises. Son mari l'a mis, par sa négligence, dans l'impossibilité d'établir d'une façon quelque peu précise son droit à un prélèvement. Pour le punir et l'empêcher de s'enrichir aux dépens de sa femme, le législateur a pensé qu'il y avait lieu d'accorder à celle-ci, comme suprême ressource, le droit de prouver par commune renommée le montant de sa créance.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Positions prises dans la thèse.

1. — Sous le système des *legis actiones* les condamnations ne pouvaient être que pécuniaires.

2. — Au Bas Empire le défendeur a le droit d'invoquer jusqu'au jugement et même en appel une exception préremptoire omise, L. 8, C. 8, 36.

3. — Le demandeur qui invoque un droit réel peut, en exprimant dans l'*intentio* la cause en vertu de laquelle il agit, se réserver d'invoquer les autres causes dans un procès ultérieur.

4. — Même sous Justinien, la *litis contestatio* engagée par l'un des *correi stipulandi* épuisait le droit des autres.

Positions prises en dehors de la thèse.

1. — L'exception de dol opposée pour faire valoir la compensation donnait au juge le pouvoir de diminuer la condamnation et ne l'obligeait pas nécessairement à absoudre le défendeur.

2. — Un copropriétaire ne peut exiger le remboursement de dépenses simplement utiles qu'il a faites sur le bien indivis dont il savait n'être pas propriétaire unique.

3. — A l'époque classique la créance de la dot appartenait à la *filiafamilias*.

4. — Le copartageant évincé d'un objet mis dans son lot n'avait que l'action *præscriptis verbis*.

DROIT FRANÇAIS.

Positions prises dans la thèse.

1. — L'article 1510 est étranger à la question de savoir si la justification des reprises doit être faite à l'encontre des tiers par d'autres moyens qu'entre les époux.

2. — L'art. 1569 en vertu duquel la femme ou ses héritiers sont dispensés de prouver la réception de la dot lorsqu'il s'est écoulé plus de dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le paiement, repose sur cette idée que le mari doit être responsable de sa négligence à poursuivre le recouvrement de la dot.

3. — Quand l'immeuble de l'un des époux a été vendu pour un prix réel supérieur au prix apparent, cet époux peut, vis-à-vis des créanciers de l'autre, réclamer le prix réel. La dissimulation de prix dont la communauté a profité ne constitue pas à leur égard une contre-lettre.

4. — La femme créancière dans la faillite de son mari des deniers et effets mobiliers qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession ou donation n'est pas tenue d'établir par acte authentique la consistance et valeur du mobilier qu'elle réclame.

Positions prises en dehors de la thèse.

1. — L'époux de bonne foi bénéficiaire d'une constitu-

tion de dot échappera à l'action révocatoire. Bien plus, sa mauvaise foi n'autorisera pas les créanciers du constituant à exercer l'action paulienne au détriment des droits acquis au conjoint non doté, exempt de toute fraude.

2. — La communauté est obligée directement quand le mari autorise sa femme à contracter une dette.

3. — L'indisponibilité résultant de la saisie-arrêt frappe la créance saisie-arrêtée pour tout son montant, alors même que la créance pour le paiement de laquelle la saisie a été pratiquée serait inférieure au montant de la créance saisie.

4. — Le droit de rétention ne pourra être étendu en dehors des cas prévus par la loi, que s'il y a connexité entre l'obligation du possesseur et la créance pour sureté de laquelle il entend exercer le droit de rétention.

Droit commercial.

1. — Le porteur d'une lettre de change a sur la provision un droit exclusif.

Droit pénal.

1. — Lorsque le président de la Cour d'assises a omis de poser comme résultant des débats, une question subsidiaire, l'accusé légalement acquitté pourra être repris à raison du même fait qualifié autrement.

2. — Lorsqu'un récidiviste aura obtenu des circonstances atténuantes l'aggravation de peine pour cause de récidive devra précéder l'atténuation.

3. — Les condamnations par contumace n'entraînent pas l'interdiction légale du condamné.

Histoire du droit.

1. — Il faut rattacher les origines de la communauté à certaines dispositions des lois barbares et aux documents de l'époque franque qui parlent pour la première fois d'une part accordée à la femme dans les acquêts.

Le Président de la thèse,
P. CAUWÈS.

VU :
Le Doyen de la Faculté,
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER ;
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.....	1
-------------------	---

CHAPITRE PREMIER

Sect. I. Des divers modes d'extinction de l'action.....	9
Sect. II. De l'exception <i>rei in judic. ded.</i>	16
Sect. III. Cas d'application de l'exception.....	19
§ 1. <i>Judic. legit. et judic. imperio continens.</i>	20
§ 2. Actions <i>in jus</i> et actions <i>in factum</i>	22
§ 3. Actions <i>in personam</i> et act. <i>in rem</i>	24
Sect. IV. Conditions d'application de l'exception.....	32
§ 1a. Identité d'objet dans les act. réelles.....	34
1b. Identité d'objet dans les act. personnelles.....	38
§ 2a. Identité de cause dans les act. réelles.....	41
2b. Identité de cause dans les act. personnelles.....	47
§ 3. Identité de personnes.....	50
Sect. V. Domaine spécial de l'exception <i>rei in jud. ded.</i>	58

CHAPITRE II

Sect. I. Naissance et développement de l'except. <i>rei jud.</i> dans sa seconde forme.....	67
Sect. II. Conditions d'application de l'exception.....	73
§ 1. Identité de question.....	73
§ 2. Identité de personnes.....	85

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Reprise des immeubles en nature.....	1
--------------------------------------	---

CHAPITRE II

Reprise des meubles en nature.....	29
------------------------------------	----

DEUXIÈME PARTIE

Reprises en valeurs.....	77
--------------------------	----

CHAPITRE PREMIER

Hypothèses de récompense.....	77
-------------------------------	----

CHAPITRE II

Reprises fondées sur le versement dans la communauté de sommes ou d'objets constituant des propres.....	91
Section I. Preuve de la réception.....	91
Section II. Preuve de la consistance et valeur de l'apport.....	112
Appendice.....	132
Positions.....	135

